



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MARÍA del CONSUELO GARCÍA ANDRADE

DEMANDADO: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y COLFONDOS

RADICADO: 11001 31 05 039 2017 00652 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de julio de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a decidir el recurso de apelación presentado por el apoderado de **COLPENSIONES** contra la sentencia proferida el 28 de febrero de 2020 por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Demandada COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende la nulidad de la afiliación en pensión a la AFP COLFONDOS realizada el 8 de junio de 1994, de la posterior afiliación a la AFP PORVENIR S.A. realizada el 26 de marzo de 1999 y válida la afiliación a COLPENSIONES, y, como consecuencia de ello, condenar a COLPENSIONES a tener a la demandante entre sus afiliados, retrotrayendo las cosas a su estado anterior en virtud del regreso automático, a las demandadas en costas y agencias en derecho y a lo que se encuentre probado ultra y extra petita. (fl. 3-11; 196-203)

Frente a esas pretensiones, COLPENSIONES se opuso a todas y cada una de las pretensiones con sustento que la actora firmó un contrato estando consciente de lo que se encontraba haciendo y celebrando, por lo tanto, su decisión fue libre y voluntaria no existiendo vicios en el consentimiento y generando una actuación válida ante la ley. Presentó como excepciones de mérito las de inexistencia del derecho reclamado, buena fe, prescripción, genérica. (75-77,219-220).

Respecto de dichas pretensiones, la demandada PORVENIR S.A. también se opuso con el argumento que la demandante tomó una decisión informada, suscribiendo así el formulario de traslado al RAIS, manifestando pleno conocimiento y consentimiento en el proceso de vinculación de forma libre, espontánea, sin presiones, y sin ejercer su derecho de retracto. Presentó como excepciones: previa, la de no comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios y de mérito, las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa e innominada o genérica. (Fls.86-94, 221)

Con relación a las pretensiones, COLFONDOS se opuso señalando en síntesis que a la demandante se le brindó una asesoría de manera integral y completa, suscribiendo así la demandante el formulario de vinculación a la AFP, aunado a lo anterior, la demandante dentro del plazo concedido por la ley para trasladarse nuevamente al RPM no realizó ningún trámite, manifestando así su conformidad con el RAIS. Presentó las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos. (Fls.169-184. 222-227).

OTRAS ACTUACIONES

En audiencia del 23 de octubre de 2018, se ofició a COLFONDOS para que informara si la demandante había estado afiliada a dicha entidad y en caso tal de haberlo estado, si la afiliación condujo a un traslado del RPM (Fl. 138-139). En respuesta a lo anterior, la AFP COLFONDOS manifestó que la demandante presentó múltiple afiliación con esta entidad y PORVENIR, y en decisión de ASOFONDOS se determinó que la afiliación válida sería a PORVENIR, no existiendo aportes o saldos a favor en COLFONDOS. (Fl.

146). Mediante Auto del 1 de marzo de 2019, se vinculó al proceso a COLFONDOS. (Fl. 149)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 28 de febrero de 2020, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional acaecidos el 1 de julio de 1994 y 1 de mayo de 1999 a través de las AFP COLFONDOS Y PORVENIR; condenó a PORVENIR a transferir al Régimen de Prima Media todas las sumas de dinero que obren en la cuenta individual, junto con los rendimientos y comisiones por administración, sin que le sea dable descontar suma de dinero alguna por seguros de invalidez y sobrevivientes. Ordenó a COLPENSIONES para que reciba de PORVENIR los recursos antes señalados, reactive la afiliación de la demandante en el RPM, sin solución de continuidad. Autorizó a COLPENSIONES para que realice las actuaciones civiles para obtener el pago de perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz, declaró no probadas las excepciones y condenó a PORVENIR a costas y fijó como agencias en derecho \$1.790.000.

RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones presentó recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente argumentando que la demandante haciendo uso de su derecho descrito en el artículo 13 de la ley 100 de 1993 realizó su afiliación libre voluntaria y espontánea, no se evidencia alguna causal de ineficacia del acto de traslado ni de vicios en el consentimiento, y en caso de existir operó el fenómeno de la prescripción porque la voluntad de permanecer en el Régimen de Transición se ratificó con el cumplimiento de las obligaciones.

ALEGACIONES

DEMANDANTE

Expone que tiene derecho a que se declare la ineficacia de la afiliación efectuada por la AFP – Porvenir porque no se le ofreció una información clara, veraz y oportuna de lo que implicaría la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, lo cual fue debidamente demostrado con las pruebas allegadas y el interrogatorio de parte al representante legal de Porvenir. Cita jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral y Sala de Casación Penal.

COLFONDOS:

Presenta poder y manifiesta que no presenta alegaciones.

COLPENSIONES

Allegó escrito de alegaciones, en el que expone que no se cumplen los presupuestos normativos para declarar la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual, no se demostró vicios que originaran la nulidad o ineficacia.

Cuando la demandante solicitó el traslado a COLPENSIONES se encontraba inmersa en la prohibición legal contemplada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, sin que sea relevante el desconocimiento de la proyección de la pensión o comparativo entre los regímenes porque solo hasta el momento del cumplimiento de los requisitos para su derecho pensional es que se puede establecer con certeza el monto del valor de la mesada pensional.

No se acreditan vicios del consentimiento y no se alegó la nulidad dentro del término al que se refiere el artículo 1750 del C.C., la cual en el evento de existir se encuentra saneada por la ratificación tácita consagrada en el artículo 1754 ibidem. Es desproporcional imponer la carga de la prueba a COLPENSIONES, aunado a que con la decisión se afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

En consecuencia, solicita absolver a la demandada.

Presentó poder de sustitución, pero ya se le reconoció personería para actuar mediante auto proferido el 12 de febrero de 2020.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, se debe ordenar el traslado al régimen de prima media.

Elementos de prueba relevantes:

- A folios 13-14, cédula de ciudadanía que da cuenta que la actora nació el 25 de enero de 1962.
- A folios 16, 96, formulario de traslado PORVENIR, 26 de marzo de 1999.
- A folios 18, 35-37, 145-146 reclamaciones administrativas y respuestas.
- A folios 20-26, 82-83, 99-125, 205, resumen cuenta, resumen semanas cotizadas.
- A folios 42-49, declaración extra juicio de Gloria Inés García Coronel, Narda Natalia Vargas Rey, Hernando Vásquez Salguero y María del Consuelo García Andrade.
- A folio 95, certificado de afiliación de Porvenir.
- A folios 97-98, certificación SIAFP

- A folios 126 - 127, 185, 269- 270, comunicado de prensa AFP`s.
- A folio 147, 194, 206, formulario de traslado COLFONDOS, 8 de junio de 1994.
- A folio 195, 207, certificación COLFONDOS.

Marco Normativo y Jurisprudencial

- Ley 100 de 1993, artículos 13, 61, 112, 271.
- Decreto 656 de 1994, artículos 14 y 15.
- Código Civil, artículos 1502, 1508 y 1509
- Decreto 692 de 1994, artículos 5, 11 y 12.
- Sentencias proferidas en los procesos identificados con las radicaciones 31989 de 2008, 31.314 de 2011, 33083 de 2011, 47125 de 2018, 56174, 65791, 68838 y 68852 de 2019.

Caso Concreto

Frente a la decisión condenatoria de primera instancia, la apoderada de Colpensiones presentó recurso de apelación al considerar que la afiliación realizada por la actora es válida ya que cumple con los requisitos del traslado y no se demostró vicio del consentimiento al suscribir el contrato de afiliación.

Adicionalmente, respecto de la decisión se debe surtir el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con el artículo 69 del CPTYSS.

Para resolver dichos aspectos del recurso de apelación, se revisarán los diferentes elementos de prueba que obran en el proceso, siendo necesario determinar si el traslado se realizó solo hasta el 26 de marzo de 1999, ya que la A quo no le dio validez al formulario de traslado suscrito por la actora con Colfondos, el 8 de junio de 1994 (fol. 194).

En ese documento se observa que no cuenta con la aprobación del empleador, pero sin con la firma de la actora, y al parecer no se cumplió con todo el trámite para hacer efectivo el traslado al punto que conforme a la historia laboral visible a folios 23 a 26, los aportes fueron consignados al ISS hoy COLPENSIONES durante los periodos 12/1995 al 03/1999 en el que se reporta no vinculado trasladado al RAIS, y solo hasta la suscripción del formulario a PORVENIR se observa la materialización de dicho traslado con la efectividad del mismo y tramitado como tal, esto es, un traslado de régimen del ISS a PORVENIR, aunado a que Colfondos certifica que la demandante no realizó cotizaciones en esa entidad.

Por lo anterior, al aplicarse al caso de la demandante lo contemplado en el Artículo 5 e inciso final artículo 11 del Decreto 692 de 1994 que establece que “...Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación...” se constata que el traslado de régimen se hace efectivo con la vinculación a la AFP PORVENIR y se corrobora con las declaraciones extra - proceso que obran a folios 42-49 en las que se señala que el traslado de régimen se realizó a dicha AFP.

De acuerdo con lo estipulado precedentemente se verifica de las pruebas que la demandante a la edad de 37 años se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, no estaba incurso en las causales de exclusión señaladas en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993, por cuanto a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no contaba con 50 años de edad ni gozaba de una pensión por invalidez, ya que su edad era de 32 años y menos de 15 años de cotizaciones o servicios

Los anteriores hechos probados permiten inferir que el formulario de solicitud de vinculación al RAIS lo suscribió de manera libre, espontánea y sin presiones, el cual de conformidad con la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia contenida entre otras en las sentencias SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, dicho formulario si bien no prueba la información entregada si “a lo sumo acredita el consentimiento”, y, en consecuencia, el traslado de régimen cumple con los requisitos señalados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 que según su propio texto son de validez y permite que la manifestación de voluntad se pueda realizar en formatos preimpresos, siendo la norma vigente para la fecha de traslado, 26 de marzo de 1999.

En dicho formulario se observa que la actora firmó el recuadro de voluntad del afiliado y conforme a lo señalado en el inciso final del artículo 5 del mentado decreto “*las personas que cumplan los requisitos para seleccionar el régimen de ahorro individual con solidaridad no podrán ser rechazadas por las administradoras del mismo*”, cumpliendo la AFP con su obligación de hacer efectiva la afiliación.

Se señala en el recurso que en el presente caso no se acredita causal alguna de vicio en el consentimiento.

Al revisarse el formulario allegado al expediente se encuentra suscrito por la demandante, y la firma del formulario es una manifestación del consentimiento al tenor de la jurisprudencia y de conformidad con el artículo 1502 del C.C. esa manifestación de voluntad no se debe encontrar afectada de vicios.

La demanda sustenta la nulidad del acto del traslado por la existencia de un vicio en el consentimiento configurado en el engaño por omisión al no proporcionar una información completa, pues nunca se le indicó que perdería los beneficios del Régimen de Prima Media.

El engaño sobre la falta de información, se podría catalogar como error de derecho si esa omisión se refiere “*a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto del negocio jurídico*”¹ según la definición doctrinal o de hecho si recae sobre la especie de un acto o contrato que se ejecuta.

En relación con el error de derecho que recae sobre las definiciones legales de los derechos y obligaciones que le acarrearán a los contratantes la suscripción de determinado acto jurídico, que en este caso fue el de perder beneficios del régimen de prima media con prestación definida, sin que se individualice en la demanda dichos beneficios, es de anotar que este tipo de error por expreso mandato del artículo 1509 del Código Civil, no vicia el consentimiento de quien lo presta.

Adicionalmente, sin desconocer la obligación legal de las entidades que administran los recursos pensionales de asesorar a los afiliados desde la vigencia de la Ley 100 de 1993, no se puede pasar por alto que todos los aspectos que regulan el tema pensional se encuentran regulados en la ley, y si se tiene en cuenta que el desconocimiento de la ley no sirve de excusa de conformidad con el artículo 9 del Código Civil, que fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 651 de 1997, dicha falta de conocimiento no se puede invocar como pretexto para afectar de vicios el consentimiento, máxime cuando las consecuencias del traslado operan en virtud de la ley, al punto que así se señala en la aclaración de voto a la sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación 68852.

¹ Cfr. FLOUR, Jacques et Jean-Luc AUBERT. *Les Obligations*. T. I. 6^e Ed. Paris, Armand Colin Editeur, 1994, Ps. 142-143.

Respecto a que la ignorancia de la ley no es excusa, ya lo señaló la Corte Constitucional en sentencia C-401/16, cuando indicó que *“debido a que todo afiliado al régimen de prima media con prestación definida debe saber que requiere cotizar mínimo 1.300 semanas para tener derecho a una pensión de vejez -la ignorancia de ley no sirve de excusa-.”* Colpensiones no debía señalar en los reportes cuantas semanas le faltaban al afiliado para cumplir las exigidas para adquirir el derecho; y esto es relevante porque dicho artículo 9 de acuerdo a la jurisprudencia constitucional es un desarrollo del artículo 95 de la Constitución Política que consagra que todas las personas están obligadas a cumplir la constitución y las leyes.

De tal manera que se descarta en el presente caso la existencia de un error de derecho.

En relación con el error de hecho que se configura cuando recae sobre la especie de un acto o contrato que se ejecuta, se puede observar que la demandante en la declaración extra – proceso presentada reconoce que lo pretendido fue el traslado de régimen y la escogencia de la AFP PORVENIR, lo cual descarta la existencia de este tipo de error.

De las pruebas se deduce que lo pretendido fue el traslado y eso fue lo que ocurrió, después de, según la propia versión de la demandante, escuchar a los asesores comerciales de los diversos fondos de pensiones, entre ellos los representantes de PORVENIR, quienes realizaron diferentes charlas sobre el fondo, calificó de promesas y maravillas acerca de los beneficios de dicho traslado.

No se acredita vicios como el dolo o la fuerza, y ellos no son alegados en la demanda, ni la causal de ineficacia del traslado consagrada en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior sería suficiente para revocar la sentencia de primera instancia.

Ahora si en gracia de discusión se verifica el presente caso teniendo en cuenta el reiterado precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral sobre la materia que indica que la carga de la prueba sobre la información otorgada al vinculado es de responsabilidad del fondo de pensiones, se encuentra que se acredita porque es la misma demandante la que informa en la declaración extra – proceso junto con declaraciones de GLORIA INES GARCÍA CORONEL, NARDA NATALIA VARGAS REY, HERNANDO VASQUEZ SALGUERO, (fls. 42-49) que los fondos de pensiones realizaron diferentes charlas en las instalaciones de

la Fiscalía, charlas que se referían a los aspectos propios del régimen de pensiones, lo que se deduce de la descripción de los beneficios que obtendría en tal fondo, como la pensión anticipada, aspecto que excluye el régimen de prima media, en el que se debe cumplir los requisitos de edad y semanas cotizadas y que le permitió a la demandante valorar que era más beneficioso pertenecer al dicho régimen y por ello su escogencia.

Ahora si bien la jurisprudencia señala que el formulario no es prueba de la información entregada al demandante, no se puede desconocer que el consentimiento plasmado en el formulario unido con la exposición de las declaraciones extra proceso permiten señalar que existió una reunión de la demandante con el asesor en la que se dio asesoría y de dicha exposición que fue sobre los aspectos del régimen le permitieron a la demandante valorar y escoger el Régimen de Ahorro Individual.

Ahora como el precedente ha señalado que el deber de información del fondo se debe valorar de conformidad con el momento histórico en que debía cumplirse, cuando expone *“los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse”* (sentencia proferida en el radicado 68838), se debe señalar que para el momento del traslado no se había expedido la Ley 1328 de 2009 que consagra unos aspectos y formas particulares de entregar la información a los posibles afiliados, por lo que no es dable realizar una exigencia documental sobre la información específica y precisa entregada al interesado, máxime que dichas normas no prohibían la asesoría de forma verbal como le fue entregada a la demandante, y como se deduce del acervo probatorio.

De tal manera que al aplicar el reiterado precedente de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral sobre la carga de la prueba que se encuentra bajo la responsabilidad del fondo de pensiones se verifica en el presente caso que los elementos de prueba que obran en el proceso analizados bajo los criterios del artículo 61 del CPTYSS y el principio de la comunidad de la prueba acreditan que el fondo entregó asesoría a la demandante.

Sumado a lo anterior, al analizar la demanda y la declaración de la demandante, se evidencia que en el presente caso no se está frente a una omisión, errónea e inadecuada información, sino frente a una inconformidad sobre el monto de la mesada pensional, pues señala que la misma no cumple con su calidad de vida.

Al punto, se debe recordar que el monto de la mesada pensional en cualquiera de los dos regímenes se concreta en el momento de causar o de exigir la pensión, aunado a los demás factores que afectan el monto de la mesada por ejemplo en el régimen de prima media los salarios base de cotizaciones, semanas adicionales a las mínimas requeridas, etc., y en el régimen de ahorro individual de los aportes a la cuenta individual, bonos pensionales, aportes voluntarios, rendimientos, edad que se escoja de retiro, etc.

Dicha afectación del monto de la pensión por circunstancias ajenas al momento de la manifestación de la voluntad del traslado se hace presente, entre otras razones, por la obligación de permanencia en los regímenes en periodos previos a adquirir el derecho a la pensión, obligación que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-1024 de 2004, pero que no tiene incidencia en la validez de la voluntad del traslado dentro del sistema general de pensiones.

Por último y respecto de las alegaciones de que la nulidad propende por la descapitalización del Régimen de Prima Media con prestación definida, es de anotar que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional el traslado en el periodo ad portas de cumplir el requisito de edad para causar el derecho a la pensión vulnera principios constitucionales como la equidad, solidaridad y sostenibilidad financiera del sistema de pensiones.

En sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993, expuso la Corte Constitucional lo siguiente: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones,...”* y *“el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.*

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional,...”.

En la Sentencia C-401/16 consideró: “... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos - se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”

Y en la sentencia C-083/19, señaló que “el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene

un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional^[30], y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación^[31], de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad es disímil entre ellos porque quienes en el régimen de prima media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual en donde el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que solo permite el retorno al Régimen de Prima Media sin afectar sus derechos a aquellas personas que cotizaron 15 o más años al sistema de pensiones antes del 1 de abril de 1994, esto es, cuando habían aportado a esa solidaridad intergeneracional aproximadamente las dos terceras partes de su vida laboral.

En conclusión, al revisar todo el caudal probatorio que obran en el proceso y teniendo en cuenta el marco normativo aplicable al momento del traslado, se colige que en el presente caso no se dan los supuestos legales ni jurisprudenciales para declarar la nulidad, o la ineficacia del acto de traslado al régimen de ahorro individual, por lo que hay lugar a **revocar** la sentencia de primera instancia.

COSTAS: no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: RECONOCER personería para actuar a la dra JEIMMY CAROLINA BUITRAGO PERALTA identificada con la C.C. 53.140.467 y T.P. 199.923 en calidad de apoderada de COLFONDOS S.A.

SEGUNDO: REVOCAR la sentencia proferida el 28 de febrero de 2020 por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de las pretensiones incoadas por la señora **MARÍA DEL CONSUELO GARCÍA ANDRADE**, identificada con la C.C. 51.628.674.

TERCERO: Sin costas en la presente instancia, las de primera a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Original firmado)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

(Original firmado)

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado
(Salvamento de voto)

(Original firmado)

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: YANNETH TORRES MORENO

DEMANDADO: COLPENSIONES Y GLOBAL MANAGEMENT S.A.

RADICADO: 11001 31 05 039 2014 00040 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de julio de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a decidir el recurso de apelación presentado por los apoderados de la parte demandante y demandada contra la sentencia proferida el 4 de marzo de 2020 por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende de manera *principal* que se declare que con la empresa GLOBAL MANAGEMENT S.A. existió una relación laboral desde el 1 de julio de 1997 hasta el 30 de septiembre de 1999, y, como consecuencia de ello, ordene a su empleador pagar a COLPENSIONES los aportes pensionales por ese periodo; igualmente, se ordene a COLPENSIONES recibir dichas cotizaciones para así proceder a reconocer y pagar la pensión de vejez de manera retroactiva, junto con los intereses moratorios, las costas y gastos del proceso.

De manera *subsidiaria* pretende que se declare que con la empresa GLOBAL MANAGEMENT S.A. existió una relación laboral desde el 1 de julio de 1997 hasta el 30 de septiembre de 1999, y, como consecuencia de ello, ordene a su empleador pagar a COLPENSIONES el título pensional por ese periodo; igualmente, se ordene a COLPENSIONES calcular y recibir el valor del título pensional, para que como consecuencia de ello, reconozca y pague la pensión de vejez de manera retroactiva, junto con los intereses moratorios, las costas y gastos del proceso. (fol. 3-4)

Respecto de dichas pretensiones, la demandada COLPENSIONES, se opuso al reconocimiento pensional, en razón a que por los aportes realizados la demandante no tiene derecho a la pensión. Presentó como excepciones de mérito las de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido y buena fe. (fols. 34 -36)

Frente a esas pretensiones, GLOBAL MANAGEMENT S.A. se opuso a todas y cada una de las pretensiones con sustento en que con la demandante nunca ha existido una relación de carácter laboral. Presentó como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido y la genérica. (fols. 62-66).

OTRAS ACTUACIONES

Mediante audiencia celebrada el 31 de julio de 2018, el A-Quo aprobó la conciliación efectuada entre la demandante y la empresa GLOBAL MANAGEMENT S.A., consistente en que entre las partes existió una relación laboral desde el 1 de julio de 1997 hasta el 30 de septiembre de 1999 y que la demandada se obligaba a efectuar el pago del cálculo actuarial por el periodo comprendido desde el 1 de julio de 1997 hasta el 31 de diciembre de 1998, sobre la base salarial del salario mínimo legal mensual vigente para esas anualidades. En consecuencia, declaró terminado el proceso respecto de esa demandada. (fols. 103 – 105)

El pago del cálculo actuarial se acredita a folios 146-147 y se ve reflejado en la historia laboral que milita a folios 155-159.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 4 marzo de 2020, declaró que la demandante tiene derecho a la pensión de vejez prevista en el Acuerdo 049 de 1990 por ser beneficiaria del régimen de transición, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, con

efectividad a partir del 1 de noviembre de 2018, día siguiente a la última cotización. Condenó a COLPENSIONES a pagar a la accionante la pensión de vejez referida, junto con el retroactivo de las mesadas causadas desde noviembre de 2018 y hasta que se efectuó el pago, debidamente indexada. Declaró no probada la excepción de prescripción. Sin costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente y sobre los siguientes puntos:

DEMANDANTE (19:58)

La fecha de disfrute de la pensión.

COLPENSIONES (25:50)

La petición de la demandante se realizó de forma anticipada, como quiera que para la fecha de presentación de la demanda no contaba con la totalidad de los requisitos mínimos para acceder a la pensión, y solo hasta cuando en este proceso se declara la existencia de la relación laboral y se paga el cálculo actuarial, es que se puede entrar al estudio de la prestación solicitada.

ALEGACIONES

Presentó escrito de alegaciones:

COLPENSIONES:

Solicita se revoque la decisión de primera instancia porque la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y no cuenta con la densidad de semanas para acceder al derecho. Subsidiariamente, peticiona la revisión de las condenas impuestas a la demandada.

Presentó poder de sustitución, pero ya cuenta con reconocimiento para actuar mediante auto del 7 de octubre de 2019 (fol. 145).

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si la demandante cumple los requisitos para acceder a la pensión de vejez prevista en el Acuerdo 049 de 1990, pese a que la densidad de semanas se consolidó en el curso del proceso.

Elementos probatorios relevantes:

- A folio 8, cédula de ciudadanía de la demandante que da cuenta que nació el 28 de enero de 1957.
- A folio 11 - 16, Resoluciones GNR 245861 del 3 de julio de 2014 y VPB 14465 del 18 de febrero de 2015, por medio de las cuales se niega el reconocimiento pensional.
- A folio 44, expediente administrativo.
- A folio 146 – 147, comprobante de pago del cálculo actuarial por parte del empleador GLOBAL MANAGEMENT S.A.
- A folio 155-159, historia laboral actualizada donde se reporta un total de 1.229 semanas cotizadas, incluyendo el periodo laborado para la empresa GLOBAL MANAGEMENT S.A

Caso Concreto

Frente a la decisión adoptada por la sentenciadora de primera instancia, tanto la parte demandante como demandada formularon recursos de apelación, la primera, en punto de la fecha de disfrute de la pensión, al paso que la segunda, invoca la existencia de una petición anticipada.

Para dar respuesta a esos reproches, conviene recordar, en primer lugar, que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición a favor de aquellas personas que a la entrada en vigencia de la referida norma, es decir, a 1° de abril de 1994, tuvieran 35 años de edad si es mujer, a fin de que les fuera aplicado el régimen pensional anterior al cual se encontraran afiliados en cuanto a la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto, régimen que fue limitado por el acto legislativo 01 de 2005 hasta el 31 de julio de 2010 y, excepcionalmente, hasta el año 2014 para las personas que tuvieran a la entrada en vigencia de dicho acto legislativo 750 semanas cotizadas.

Ante tal panorama, y revisadas las pruebas respecto del marco normativo anterior, se observa que la gestora, en efecto, al 1° de abril de 1994 contaba con más de 35 años de edad, porque nació el 28 de enero de 1957 (fol. 8), siendo así beneficiaria del régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993. Conforme a esto su derecho pensional podía ser definido por el Acuerdo 049 de 1990.

No obstante, debido a que la actora cumplió 55 años el mismo día y mes del año 2012, debe acreditar el requisito de las 750 semanas consagrado en el acto legislativo 1 de 2005, para extender el régimen de transición hasta el año 2014.

En segundo lugar, debe ponerse de presente que, en el curso de la primera instancia, el empleador GLOBAL MANAGEMENT S.A. canceló el 15 de octubre de 2019 ante COLPENSIONES el cálculo actuarial correspondiente al periodo comprendido entre el 1 de julio de 1997 y el 31 de diciembre de 1998, actuación que se ve reflejada en la historia laboral que milita a folios 155 -158 del expediente, actualizada al 14 de febrero de 2020.

En ese orden de ideas, del resumen de semanas al que se hizo referencia en líneas anteriores, se evidencia que la demandante cotizó durante toda su vida laboral un total de 1.229 semanas, de las cuales 789.67 corresponden a años anteriores a la entrada en vigencia de la reforma constitucional, por lo que extendió dicho régimen hasta diciembre de 2014.

Así las cosas, se concluye que la demandante cumple los requisitos previstos en el Acuerdo 049 de 1990, en la medida que arribó 55 años de edad, el 28 de enero de 2012 y acreditó 1087.65 semanas al 31 de diciembre de 2014, con las que se reconocen por el pago del cálculo actuarial en el año 2019, por lo que tiene derecho al reconocimiento pensional reclamado.

Ahora bien, frente al argumento esgrimido por la parte demandada, relacionado con que la solicitud pensional se elevó de manera anticipada, es de anotar que el mismo no está llamado a prosperar, en razón a que si bien la accionante para cuando solicitó en sede administrativa la pensión, e igualmente para la calenda en la que instauró la demanda, no acreditaba las semanas necesarias para acceder al reconocimiento pensional, es lo cierto que ese requisito se consolidó en el curso de la primera instancia y antes de que se dictara la correspondiente sentencia, ello por cuanto el empleador GLOBAL MANAGEMENT S.A. canceló el cálculo actuarial al que se había obligado en virtud de la conciliación celebrada el 31 de julio de 2018, lo que finalmente permitió que a la demandante se le reconociera la pensión de vejez.

Este hecho nuevo o sobreviniente se debe tener en cuenta para emitir la decisión correspondiente, como lo prevé el artículo 281 del Código General del Proceso, aplicable por analogía al proceso laboral, que a la letra enseña: (...)En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o

extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión, y cuando este no proceda, antes de que entre el expediente al despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio (...) máxime cuando el reconocimiento pensional se trata de la misma pretensión contenida en el libelo genitor y porque en ese mismo sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema Justicia por ejemplo en la sentencia con radicación SL3707-2018 del 1 de agosto de 2018, que reiteró las sentencias CSJ SL, 27 feb. 2007, rad. 28884.

En otro giro, y en relación con el monto de la pensión, se establece que no es superior al salario mínimo, aunado a que respecto de dicha decisión no hubo ningún reparo por parte de la demandante, y como la misma no puede ser inferior a ese monto se confirmará la decisión.

Ahora bien, respecto a la fecha de causación y efectividad de la pensión de vejez, que es motivo de disenso de la parte demandante, y se debe verificar en virtud del grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES, se debe recordar que para disfrutar de la pensión es necesaria la desafiliación del trabajador del régimen de pensiones, en razón a que la afiliación y cotización al sistema es obligatorio, y la primera permanece en el tiempo mientras no exista una desafiliación a aquel, de conformidad con los artículos 13 del acuerdo 049 de 1990 y 17 de la Ley 100 de 1993.

Bajo ese panorama, como primera medida se debe señalar que contrario a lo señalado por el recurrente, la demandante ni para el 31 de octubre de 2011, ni para enero de 2012, ni para el 6 de agosto de 2013, tenía acreditados los requisitos para acceder al reconocimiento pensional, como quiera que, para la primera de las calendas, no había arribado a la edad de 55 años, en tanto que para la segunda como para la tercera de ellas, no contaba con 1000 semanas, puesto que solamente hasta octubre de 2019 (f° 147) el empleador GLOBAL MANAGEMENT S.A. canceló el cálculo actuarial, de suerte que el disfrute de la pensión no podría reconocerse en ninguna de las fechas pretendidas en la alzada, sumado a que al revisar el expediente administrativa se observa que solo hasta el 6 de diciembre de 2012, la AFP PROTECCION trasladó con destino a COLPENSIONES los aportes de la demandante en dicho fondo.

En ese orden de ideas, solo se acredita el cumplimiento de los requisitos en virtud del pago del cálculo actuarial realizado el 15 de octubre de 2019, de

tal manera que es a partir de allí que se puede encontrar causado el derecho pensional y hacer exigible el mismo.

Puntualizado lo anterior y descendiendo al caso concreto, no se puede señalar la intención de desafiliarse del sistema antes de que se concretara el derecho pensional, al punto que se instauró demanda para que el reconocimiento de la relación laboral y el pago del cálculo actuarial; y en ese orden de ideas al aplicar las reglas jurisprudenciales contenidas en las sentencias 38776 de 1 de febrero de 2011, que reiteró la consideración contenida en la sentencia 35605 de 20 de octubre de 2009, sobre desafiliación tácita, solo se puede tener como la intención efectiva de retirarse del sistema con el cumplimiento de los requisitos que lo fue para el 15 de octubre de 2019, fecha del pago del cálculo actuarial, y desde esta fecha es que se hace exigible la pensión de vejez.

En conclusión, al encontrarse reunidos los requisitos de causación y exigibilidad de la pensión consagrada en el Acuerdo 049 de 1990 se confirma la decisión de conceder la pensión, pero se modificará respecto de la fecha de exigibilidad.

Finalmente, se adicionará la sentencia en el sentido de autorizar a la entidad a descontar lo correspondiente al aporte a salud en razón a que los pensionados son afiliados obligatorios al sistema de seguridad social en salud en virtud del artículo 157 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto a la excepción de prescripción, se considera que el fenómeno prescriptivo no se configuró en el caso de marras, como quiera que la prestación se reconoce a partir del 15 de octubre de 2019.

COSTAS: no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR los numerales PRIMERO y SEGUNDO de la sentencia proferida el 4 de marzo de 2020 por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, los cuales quedaran así: PRIMERO: DECLARAR que la señora YANNETH TORRES MORENO,

identificada con la C.C. 51.682.077 tiene derecho a la pensión de vejez por ser beneficiaria del régimen de transición, aplicando el Acuerdo 049 de 1990, en cuantía de un (1) salario mínimo legal mensual vigente con efectividad a partir del 15 de octubre de 2019, SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y paga la pensión de vejez a partir del 15 de octubre de 2019, cuyo retroactivo deberá ser pagado de manera indexado, calculada la indexación sobre cada mesada pensional a partir de su exigibilidad.

SEGUNDO: AUTORIZAR a COLPENSIONES a realizar los descuentos para el sistema integral de salud, por las razones expuestas.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida el 4 de marzo de 2020 por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Original firmado)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

(Original firmado)

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado

(Original firmado)

DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: NICOLÁS ANTONIO CORTÉS MORCILLO

DEMANDADO: COLPENSIONES, PROTECCIÓN Y PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 31 05 039 2018 00385 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de julio de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a decidir el recurso de apelación presentado por los apoderados de **PROTECCIÓN, PORVENIR y COLPENSIONES** contra la sentencia proferida el 17 de febrero de 2020 por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Demandada COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende la nulidad de la afiliación en pensión a la AFP PROTECCIÓN S.A. realizada el 1 de agosto de 1995, la nulidad del traslado a PORVENIR realizada el 1 de diciembre de 1997 y válida la afiliación a COLPENSIONES, y, como consecuencia de ello, condenar a COLPENSIONES a recibir al demandante y corregir y actualizar la historia laboral, a PORVENIR y a PROTECCIÓN a liberar de sus bases de datos al demandante, devolver la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual y hacer el respectivo traslado a COLPENSIONES, y a las demandadas en costas y lo ultra o extra petita. (fl.3-19)

Frente a esas pretensiones, COLPENSIONES se opuso a todas y cada una de las pretensiones con sustento que la afiliación cuenta con validez, en tanto que obra como soporte de dicha afiliación las cotizaciones efectuadas por la demandante al RAIS, de manera libre, espontánea y voluntaria y no obra en el expediente soporte que demuestre lo contrario, ni el vicio del consentimiento alegado por el actor; igualmente se encuentra dentro de la prohibición legal de realizar el traslado. Presentó como excepciones de fondo las de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de derechos moratorios e indexación, compensación e innominada o genérica. (121-129).

Respecto de dichas pretensiones, la demandada PROTECCIÓN S.A. también se opuso con el argumento que el acto jurídico celebrado entre el demandante y la AFP cumplió con todos los requisitos de existencia y validez, y, por lo tanto, produce todos los efectos jurídicos derivados de este y no se puede como lo pretende el actor dar aplicación a normas jurídicas retroactivamente. Presentó como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones e innominada o genérica. (Fls.144-156)

Con relación a las pretensiones, PORVENIR se opuso señalando en síntesis que el traslado se efectuó con el lleno de los requisitos de la ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, como por las instrucciones impartidas por la Superintendencia Financiera de Colombia, agrega, que el demandante se trasladó de forma libre, voluntaria y espontánea sin que mediara coacción ni vicios del consentimiento. Presentó las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa e innominada o genérica. (Fls.181-196).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 17 de febrero de 2020, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional acaecido el 1 de agosto de 1995; condenó a PORVENIR a transferir al Régimen de prima Media administrado por COLPENSIONES las sumas que obren en la cuenta individual de la demandante, junto con los rendimientos y comisiones por administración, a la que le ordenó recibirlos, condenó a PROTECCIÓN remitir a COLPENSIONES las comisiones que recibió durante el tiempo que duró la afiliación; autorizó a COLPENSIONES para que adelante las acciones judiciales pertinentes para el pago de perjuicios que

pueda acarrear la decisión de ineficacia, condenó a PORVENIR Y PROTECCIÓN a costas y fijó como agencias la suma de \$1.790.000.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente y sobre los siguientes puntos:

PROTECCIÓN (Min 45:56)

Contra los gastos de administración ya que estos se realizan de manera oportuna y legal conforme al artículo 20 de la ley 100 de 1993, y estos aportes que se encuentran PORVENIR,

PORVENIR (Min 47:15)

Contra la declaratoria de ineficacia del traslado y las condenas impuestas para trasladar los aportes al RPM incluyendo las comisiones y sin descontar sumas por seguros y para pagar costas y agencias en derecho con el sustento de que se entregó información al demandante, la cual se encuentra contenida en la Ley 100 de 1993.

COLPENSIONES (Min 49: 39)

Contra la declaratoria de ineficacia del traslado con el argumento que el demandante hizo uso de su derecho de traslado de régimen pensional en virtud del artículo 13 de la ley 100 de 1993, decisión que fue tomada de manera libre, espontánea y voluntaria, igualmente, no se encuentran acreditados vicios del consentimiento, y cualquier acción de ineficacia contra el contrato de afiliación se encuentra afectada por el fenómeno de la prescripción.

ALEGACIONES

Presentó escrito de alegaciones:

DEMANDANTE: expone que de conformidad con el amplio marco jurisprudencial citado la demandada PROTECCIÓN no logró acreditar que el traslado hubiese estado precedido de suficiente ilustración e información, por lo que se vulneró el deber de información, carga de la prueba que estaba a cargo de las demandadas, en consecuencia hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia..

COLPENSIONES: solicita se revoque la decisión de primera instancia porque resulta improcedente la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual dado que no se cumplen los presupuestos normativos para ello, al igual que no se

demuestran vicios del consentimiento, que en caso de existir y constituir causal de nulidad se encuentran saneados en los términos de los artículos 1752 y 1754 del C.C. porque no se alegaron dentro del término señalado en el artículo 1750 del C.C. El demandante se encuentra incurso en la prohibición contemplada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, aunado a que no solicitó el traslado de régimen dentro de las oportunidades legales. Esta clase de decisiones la afectan mayormente en especial en lo atinente a la sostenibilidad financiera.

Presentó poder de sustitución, pero ya le fue reconocida personería en auto de 27 de noviembre de 2019 (fol. 228-229).

PROTECCIÓN indica que las actuaciones siempre han estado precedidas de buena fe y legalidad, que la afiliación fue libre y voluntaria, al punto que la demandante tuvo la oportunidad de trasladarse de régimen y prefirió permanecer en él de Ahorro Individual, no hay lugar a la devolución de rendimientos, seguros previsionales ni los gastos de administración.

PORVENIR manifiesta que no hay lugar a la ineficacia porque el traslado se realizó de forma espontanea y sin apremios, el fondo cumplió con el deber de información vigente, el demandante contaba con plena capacidad para el traslado del régimen, aunado a que la relación jurídica se encuentra reglamentada en la Ley. No procede el traslado de gastos de administración y de seguro provisional como consecuencia de la declaratoria de nulidad.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, se debe ordenar el traslado al régimen de prima media.

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 41, cédula de ciudadanía que da cuenta que el actor nació el 18 de enero de 1957
- A folios 42-49, 158-160, 199-209, 231-233, información histórica de afiliación al sistema general de pensiones, resumen de cuenta, resumen de semanas cotizadas.
- A folios 50-91, 161, 215-217, reclamaciones administrativas y respuestas.
- A folio 118, 130 expediente administrativo en medio magnético.
- A folio 157, formulario de traslado AFP a PROTECCION, 15 de noviembre de 1995.
- A folios 160, 197, certificación SIAFP
- A folios 166-167, 218-219, comunicado de prensa administradoras RAIS.
- A folios 210 a 213, liquidación del bono pensional.
- A folios 168-171, concepto sobre el deber de asesoría e información de las administradoras de fondos de pensiones.
- A folio 198, certificado de afiliación a PORVENIR.
- A folio 214, formulario de traslado COLPATRIA, 29 de octubre de 1997.

- Interrogatorio a la parte demandante.

Caso Concreto

Frente a la decisión condenatoria de primera instancia, las demandadas PROTECCIÓN, PORVENIR y COLPENSIONES presentaron recurso de apelación contra la declaración de ineficacia del acto de traslado, la condena por gastos de administración y costas del proceso.

Para determinar si hay lugar o no a declarar la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen pensional, se entra a verificar los elementos de prueba que se encuentran en el proceso.

En primer lugar, se determina y no es objeto de discusión que el actor se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual el 15 de noviembre de 1995, según se desprende del formulario visible a folio 157, fecha para la cual contaba con 38 años y 655.78 semanas cotizadas al sistema (fl. 231) entre ellas 102 de manera simultánea, que dicho traslado se realizó de manera voluntaria como se indicó en el interrogatorio de parte y se dejó constancia en el mismo formulario.

Ahora si bien la jurisprudencia reiterada de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el formulario no es prueba del consentimiento informado, esa misma jurisprudencia indica que dicho formulario acredita a lo sumo el consentimiento, esto es, no prueba la información otorgada, pero si prueba el consentimiento del demandante (SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras).

En segundo lugar, se verifica que el actor no se encontraba incurso en alguna causal de exclusión para pertenecer al régimen de ahorro individual, consagradas en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993, en la medida en que no tenía 55 años de edad ni disfrutaba de una pensión de invalidez, situaciones relevantes porque eran las únicas causas por las cuales la AFP podría haber rechazado la solicitud de traslado, dado que de conformidad a los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994 dicha conducta les esta proscrita.

Los anteriores hechos probados permiten colegir que el traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro individual cumple con los requisitos señalados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 que son de validez de conformidad con el mismo artículo, norma que permitía que la manifestación de voluntad se realizara en formatos preimpresos, documento que cumple con las normas vigentes para la fecha de traslado, esto es, la manifestación que la selección la efectuó en forma libre, espontánea y sin

presiones, como se constata en el formulario (fl. 157) en el recuadro donde plasma la firma el actor que la selección la realizó de manera “*libre espontánea y sin presiones*”; voluntad de afiliación que se deduce de lo expuesto en el interrogatorio de parte.

En la demanda se peticiona la nulidad del acto de traslado al considerar indebida y nula información suministrada por el fondo, de donde se puede deducir que, no se está negando que se haya realizado algún tipo de asesoría, es más en una de sus respuestas señala que “*se siente engañado por la forma en la que le ofrecieron el fondo privado la proyección de pensión porque le dijeron que podría quedar sobre un aproximado de salarios mínimos que devengaba en esa época*”, lo que evidencia que la inconformidad suscitada actualmente es por el monto de la mesada pensional más no por la falta de información al momento de suscribir el acto de traslado al Régimen de Ahorro Individual.

La A quo sustento su sentencia de acuerdo con el precedente jurisprudencial sobre la inversión de la carga de la prueba porque no encontró acreditada la información suficiente sobre las circunstancias, beneficios, desventajas.

En relación con el precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que se refiere al deber de información y la inversión de la carga de la prueba, se debe tener en cuenta que es el mismo precedente el que señala que “los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse” (sentencia proferida en el radicado 68838), de tal manera que para el año 1995 no existía obligaciones que se generaron entre otras a partir de la expedición de la ley 1328 de 2009.

En ese orden de ideas, se verifica que el formulario allegado al expediente se encuentra suscrito por la demandante, y la firma del formulario es una manifestación del consentimiento emitido por la demandante al tenor de la jurisprudencia y de conformidad con el artículo 1502 del C.C. esa manifestación de voluntad no se debe encontrar afectada de vicios, ni debe recaer sobre objeto o causa ilícitas.

En la demanda se señala la indebida o nula información que suministró el fondo sobre la conveniencia o no del traslado, lo cual da lugar a señalar que se alega la existencia de un vicio por error de derecho, que según la definición doctrinal se refiere “*a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto del negocio jurídico*”¹, porque este error es el que recae sobre las definiciones legales de los derechos y obligaciones que le

¹ Cfr. FLOUR, Jacques et Jean-Luc AUBERT. *Les Obligations*. T. I. 6^e Ed. Paris, Armand Colin Editeur, 1994, Ps. 142-143.

acarrear a los contratantes la suscripción de determinado acto jurídico, que en el presente caso se materializa porque según el actor la afiliación no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo, y la ilustración solo podía versar sobre los aspectos que regulan cada régimen pensional.

Respecto de dicha clase de error por expreso mandato del artículo 1509 del Código Civil, no vicia el consentimiento de quien lo presta.

Ahora, sin desconocer la obligación legal de las entidades que administran los recursos pensionales de asesorar a los afiliados desde la vigencia de la Ley 100 de 1993, no se puede pasar por alto que todos los aspectos que regulan el tema pensional se encuentran regulados en la ley, tal como lo han señalado los recurrentes; y si se tiene en cuenta que el desconocimiento de la ley no sirve de excusa de conformidad con el artículo 9 del Código Civil, que fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 651 de 1997, dicha falta de conocimiento no se puede invocar como pretexto para afectar de vicios el consentimiento, máxime cuando las consecuencias del traslado operan en virtud de la ley, al punto que así se señala en la aclaración de voto a la sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación 68852.

Respecto a que la ignorancia de la ley no es excusa, ya lo señaló la Corte Constitucional en sentencia C-401/16, cuando indicó que *“debido a que todo afiliado al régimen de prima media con prestación definida debe saber que requiere cotizar mínimo 1.300 semanas para tener derecho a una pensión de vejez -la ignorancia de ley no sirve de excusa-.”* Colpensiones no debía señalar en los reportes cuantas semanas le faltaban al afiliado para cumplir las exigidas para adquirir el derecho; y esto es relevante porque dicho artículo 9 de acuerdo con la jurisprudencia constitucional es un desarrollo del artículo 95 de la Constitución Política que consagra que todas las personas están obligadas a cumplir la constitución y las leyes, y generando que las personas deben realizar sus actos con responsabilidad.

En ese orden de ideas, se descarta en el presente caso la existencia de un error de derecho.

Ahora si se señalara que la insuficiente información generó un engaño, para así tipificar como vicio del consentimiento el error de hecho, respecto de este se debe señalar que se configura cuando recae sobre la especie de un acto o contrato que se ejecuta diferente al que se pretendió.

En el presente caso, se observa que el demandante suscribió de manera libre, espontánea y sin presiones la solicitud de traslado de régimen en un

formulario que las normas que regulan la materia permiten que sea preimpreso (fol. 157), en el que se constata el traslado de régimen y la elección de PROTECCIÓN para la administración de sus aportes; documento que según lo expuesto en el interrogatorio fue diligenciado por el demandante y de manera libre y voluntaria, de tal manera que no se verifica que el demandante hubiera pretendido algo diferente al traslado de régimen, con las consecuencias legales que ello acarrea, que de lugar a configurar un error de hecho.

No se alega la existencia de dolo o fuerza, ni el traslado de régimen se constituye en un objeto o causa ilícitos por lo que se colige que en el presente caso no se configuran vicios que den lugar a declarar la nulidad del acto de traslado de régimen pensional.

Tampoco se acredita la ineficacia del acto de traslado señalada en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, aunado a que tampoco se constituye en uno de los supuestos fácticos de la demanda y se desvirtúa con la exposición en el interrogatorio de parte.

En el presente caso no se puede desconocer que la razón genuina para promover la presente acción se contrae a una inconformidad sobre el monto de la posible mesada pensional, lo cual se deduce porque el demandante considera que fue engañado porque en el Régimen de Prima Media puede obtener una mesada superior, frente a dicho aspecto lo primero que se verifica es que el demandante bien pudo trasladarse de régimen pensional dentro de los periodos permitidos en la Ley 797 de 2003 y que fueron ampliamente publicitados por los medios de comunicación como se constata a folios 166-167, 218-219, sin afectar derecho alguno.

Lo segundo es que en cualquiera de los regímenes el monto de la pensión se define al momento de causar o exigir la pensión una vez cumplido los requisitos y no al momento de la vinculación, en la medida en que dicho monto depende de varios factores que se construyen durante la vida laboral de la persona; en el Régimen de Prima Media del cumplimiento de requisitos, tiempo de cotizaciones y salarios base de cotizaciones y en el Régimen de Ahorro Individual de los aportes a la cuenta individual, bonos pensionales, aportes voluntarios, rendimientos, edad que se escoja de retiro, etc.; de tal manera que cualquier proyección que se realice al momento de la afiliación como lo define la norma es solo un presupuesto basado en variables futuras inciertas y no tiene la virtualidad de afectar la voluntad del afiliado ni la eficacia del acto jurídico del traslado que se presentó en el año 1995.

Por último y respecto del punto de las alegaciones de COLPENSIONES relacionado con el hecho de que la situación pensional de la demandante se

encuentra inmersa dentro del periodo de prohibición señalado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, es de anotar que le asiste razón, porque de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional el traslado en dicho periodo afecta principios constitucionales como la equidad, solidaridad y sostenibilidad financiera del sistema de pensiones.

En sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993, expuso la Corte lo siguiente: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones...”* y *“el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.*

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional,...”.

En la Sentencia C-401/16 consideró: *“... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos - se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”*

Y en la sentencia C-083/19, señaló que *“el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las*

cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional^[30], y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación^[31], de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales se colige, al igual que la entidad demandada, que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es diferente porque quienes en el Régimen de Prima Media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que solo permite el retorno al Régimen de Prima Media sin afectar sus derechos a aquellas personas que cotizaron 15 o más años al sistema de pensiones antes del 1 de abril de 1994, esto es, cuando habían aportado a esa solidaridad intergeneracional aproximadamente las dos terceras partes de su vida laboral antes de dicha fecha.

COSTAS: no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 17 de febrero de 2020 por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de las pretensiones incoadas por el señor **NICOLAS ANTONIO CORTES MORCILLO**, identificado con la C.C. 16.607.775.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia, las de primera a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Original firmado)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

(Original firmado)

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado

(salvamento de voto)

(Original firmado)

DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ALEXANDRA MATEUS CORTES

DEMANDADO: COLPENSIONES - PORVENIR S.A Y OLD MUTUAL S.A

RADICADO: 11001 31 05 033 2018 00014 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de julio de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a decidir el recurso de apelación presentado por los apoderados de **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES** contra la sentencia proferida el 11 de febrero de 2020 por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende la ineficacia y/ o nulidad del traslado y de la afiliación en pensiones realizada en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y, como consecuencia de ello, condenar a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y a OLD MUTUAL S.A., a trasladar con destino a COLPENSIONES todos los aportes obligatorios y los rendimientos; a COLPENSIONES a recibir los anteriores valores, actualizar la historia laboral teniendo en cuenta el detalle de la devolución de los aportes para que se vean reflejadas la totalidad de las semanas cotizadas y activar la afiliación, lo ultra y extra petita y a las demandadas en costas. (fls. 2-25)

Frente a esas pretensiones, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS se opuso a todas y cada una, con sustento en que la afiliación a ese fondo no obedeció a un cambio de régimen pensional sino a un traslado de AFP dentro del Régimen de Ahorro Individual y, por ende, no generó cambio en cuanto a la naturaleza jurídica y la normatividad que se debe cumplir para el reconocimiento de prestaciones económicas. La afiliación a ese fondo se realizó de manera voluntaria, libre e informada. Presentó como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, genérica y pago. (fls. 138 – 148).

Respecto de dichas pretensiones, COLPENSIONES se opuso a todas y cada una con sustento en que la afiliación efectuada es completamente válida, por no configurarse vicios del consentimiento en la suscripción de la afiliación. Que el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 establece la libre escogencia de régimen y a su vez la limitación a esa facultad para los afiliados que se encontraren a menos de 10 años de cumplir la edad para adquirir el derecho pensional por razones de sostenibilidad financiera. Presentó como excepciones de fondo las de error de derecho no vicia el consentimiento, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, innominada o genérica. (f ° 167-182).

Con relación a esas pretensiones, la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., también se opuso con el argumento que la afiliación de la parte actora y su traslado se efectuó con el lleno de requisitos establecidos por la ley 100 de 1993, sus decretos reglamentarios y las instrucciones impartidas por el ente de vigilancia y control; sumado a que no se dan los presupuestos para de la declaratoria de nulidad del acto jurídico de la afiliación. Presentó como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, la genérica, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones, debida asesoría del fondo. (f ° 194-201)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 11 de febrero de 2020, declaró la ineficacia de la afiliación y del traslado de régimen pensional acaecido el 1 de febrero de 1995, ordenó a PORVENIR S.A., a trasladar a la demandante al Régimen de Prima Media con prestación

definida y a enviar a COLPENSIONES el valor de los dineros existentes en la cuenta individual de la actora, tales como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, junto con sus respectivos intereses o rendimientos; ordenó a COLPENSIONES aceptar el traslado de la demandante, junto con los respectivos aportes; ordenó a PORVENIR pagar, si es el caso, las diferencias que llegaren a resultar entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalente en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las cuales serán asumidas con su propio patrimonio y conminó a COLPENSIONES a efecto de que realice las gestiones necesarias a fin de obtener el pago de tales sumas; declaró no probadas las excepciones, condenó a la demandada PORVENIR a costas y fijó como agencias 4 s.l.m.l.m.v.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente y sobre los siguientes puntos:

PORVENIR

Inconforme con la decisión de primer grado solicitó se revoque la misma, por cuanto consideró que i) la línea jurisprudencial citada por el A-quo, no es aplicable al caso de la demandante, ii) la información que se realizó de forma verbal se ajusta al momento histórico en que se dio la afiliación, iii) el reconocimiento de las diferencias pensionales desborda las facultades ultra y extra petita y iv) no procede la devolución de saldos ni los descuentos por gastos de administración.

COLPENSIONES

Apeló la sentencia de primera instancia, por cuanto consideró que i) no se acreditó ningún vicio en el consentimiento de la demandante y ii) no se ordenó la elaboración de un cálculo actuarial para determinar las diferencias pensionales ordenadas por el A-quo.

ALEGACIONES

DEMANDANTE

Solicita se confirme sentencia que declaró la ineficacia y/o nulidad, porque las administradoras no cumplieron con el deber de información suficiente, transparente, cierta y oportuna, y a ellas le corresponde la carga de la prueba. En síntesis no le indicaron las ventajas y desventajas del traslado, no le realizaron una proyección de la mesada pensional, ni se acredita la experiencia del asesor.

PORVENIR:

Solicita revocar la sentencia de primera instancia porque la demandante con las diferentes vinculaciones en los varios fondos de forma libre y voluntaria ratificó su decisión de pertenecer al Régimen de Ahorro Individual, en las cuales, en cada una de ellas, se le brindó información oportuna y completa. No se acreditan las causales de vicio del consentimiento ni de nulidad absoluta o relativa, ni de ineficacia.

El formulario es un documento que se presume auténtico y es prueba de cumplimiento de la Ley 100 de 1993, en su artículo 14, máxime que no fue tachado de falso. La demandada cumplió con la carga de la prueba sobre su actuación y el cumplimiento de sus deberes. La continuidad de la actora en el Régimen de Ahorro Individual se debe considerar como “la verificación de la voluntad del afiliado” inequívoca de permanecer en el régimen.

No hay lugar a la condena por gastos de administración porque genera un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES.

COLPENSIONES.

Presenta poder de sustitución.

Expresa en las alegaciones que la demandante no se encuentra inmersa dentro de los supuestos fácticos señalados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral – para dar aplicación a la inversión sobre la carga de la prueba.

Adicionalmente, señala que es desproporcional invertir la carga de la prueba en las AFP cuando la afiliación se dio por más de 20 años, siendo imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado para la fecha en que no era obligatorio dejar registro documental de la misma. En el presente caso como se alega el engaño, le correspondía la carga de la prueba a la actora, lo cual no se cumplió por la demandante.

La afiliación no adolece de causal de nulidad y la decisión de primera instancia descapitaliza el sistema pensional.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, se debe ordenar el traslado al régimen de prima media.

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 49, cédula de ciudadanía que da cuenta que la actora nació el 24 de agosto de 1967.
- A folio 203, historial de vinculaciones.
- A folios 221, 50 - 52, formulario de solicitud de vinculación o traslado a PORVENIR el 31 de agosto de 2001, a SKANDIA el 23 de febrero de 2010 y a BBVA HORIZONTE el 26 de noviembre de 2012.
- A folio 222, formulario de afiliación a pensiones voluntarias.
- A folio 223, historia laboral para iniciar proceso de reclamación de bono pensional.
- A folios 54- 76, reclamaciones administrativas y respuestas.
- A folio 71 – 74, formulario “elección o cambio de fondo de pensiones obligatorias”
- A folio 183-184, historia laboral en Colpensiones.
- A folio 202, certificación expedida por Porvenir.
- A folio 218-219, bono pensional.
- A folio 228-229, comunicados de prensa.
- Interrogatorio a la parte demandante y a los representantes legales de las demandadas PORVENIR y OLD MUTUAL

Caso Concreto

Para resolver los recursos de apelación, se revisan los diferentes elementos de prueba que obran en el proceso y de ellos se deducen los siguientes aspectos:

No es un hecho discutido que la demandante se trasladó de régimen pensional el 1 de febrero de 1995 (fls. 2 y 203) y realizó varios entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual, lo cual se corrobora con los formularios y con el interrogatorio de parte. Para la fecha del traslado de régimen, la demandante contaba con 28 años de edad y 287.57 semanas cotizadas al ISS (fl. 183); no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen ya que no contaba con 50 años de edad ni se acredita que gozara de una pensión de invalidez, concluyéndose que el traslado se realizó de manera libre, espontánea y sin presiones, pues nada contrario se adujo en el interrogatorio de parte, ni se acredita con los demás elementos de prueba.

Adicionalmente, se puede observar como se indica en las alegaciones que la demandante realizó varios traslados entre distintas administradoras de fondos de pensiones, y en el interrogatorio reconoce la demandante que se

reunió con asesores de los fondos e informó las razones por las que se trasladó en cada momento, esto es, que la exposición realizada por los asesores en cada oportunidad le permitió valorar su permanencia o no en cada fondo, y plasmó su voluntad en cada formulario que suscribió, de los cuales se deduce el consentimiento, porque de conformidad con la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia contenida entre otras en las sentencias SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, si bien el formulario no acredita la información “a lo sumo acredita el consentimiento”.

Nótese que desde el formulario suscrito el 31 de agosto de 2001, la demandante ha dejado constancia de la información recibida, y como esos formularios se constituyen en un indicio de la reunión de la demandante con el asesor y con lo expuesto en el interrogatorio que los asesores le presentaron el fondo y los beneficios entre ellos el de la pensión anticipada, se puede colegir que la demandante recibió información que le permitió valorar su situación personal y lo que más le convenía, como era la posibilidad de una pensión anticipada a los 40 años.

Todo lo anterior, permite colegir que el acto del traslado de régimen cumplió con los requisitos señalados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 que son de validez de conformidad con el mismo artículo, norma vigente para la fecha de traslado, de manera que no existía razón alguna para que el fondo negara el traslado ya que de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994 a los fondos les está vedado rechazar una solicitud cuando la persona cumple los requisitos para tal fin.

El juez unipersonal accedió a las peticiones de la demanda al considerar que PORVENIR no suministró a la accionante información clara, precisa y suficiente para tomar la mejor decisión como lo exige el órgano de cierre de la jurisdicción.

Revisado el libelo genitor, se puede colegir que, no se está negando que se haya realizado algún tipo de asesoría, adicionalmente, con el interrogatorio de parte se logra establecer que la señora demandante se afilió a la AFP PORVENIR en el año 1995, que el asesor de dicho fondo realizó una reunión en su lugar de trabajo que duró aproximadamente 35 o 45 minutos, donde le explicó que era un fondo privado, que allí existían beneficios económicos y que se podía pensionar anticipadamente, sus afiliaciones posteriores a diferentes AFP se basaron en los rendimientos que generaba el ahorro, y que podía hacer ahorros adicionales.

Bajo esa óptica y a juicio de la mayoría de la Sala, las anteriores confesiones descartan el deseo de la demandante de permanecer en el Régimen de Prima Media con prestación definida, en la medida que la posibilidad de pensionarse más temprano, realizar aportes voluntarios y obtener rendimientos le permitieron a la convocante realizar una valoración entre los dos regímenes y en virtud de su autonomía escoger el que a su juicio representaba sus intereses pensionales, esto es, el Régimen de Ahorro individual.

Las demás pruebas recaudadas también permiten señalar que la gestora tenía conocimiento de conceptos propios del régimen de ahorro individual, al igual que se deduce, estuvo asesorada durante su permanencia en dicho régimen, lo cual se constata, por ejemplo, i) con la instrumental remitida por PORVENIR a la accionante que corre a folio 223 contentiva del documento denominado “historia laboral para iniciar proceso de reclamación de su bono pensional” donde se evidencia que la demandante fue informada sobre los bonos pensionales, en tanto, inició el proceso para reclamar el mismo, al punto que señaló que no estaba de acuerdo con la información laboral que allí fue registrada, ii) con el formulario de afiliación a pensiones voluntarias que obra a folio 222 y iii) con el documento de folios 71 a 73, donde se le explicó el esquema de los multifondos y la modalidad de cada uno de ellos.

En todo caso, conforme al interrogatorio en el que se acepta la reunión con los asesores aunado a los formularios suscritos por la demandante en agosto de 2001 (fl. 221), febrero de 2010 (fl. 50) y noviembre de 2012 (fl. 52), es posible concluir que la demandante recibió amplia asesoría para efectos de su vinculación y permanencia en el Régimen de Ahorro Individual, razón por la cual, si no consideraba conveniente a sus intereses su permanencia en el RAIS bien pudo trasladarse al Régimen de Prima Media no solo en el año 2001 (fl. 221) cuando dejó la constancia de la información recibida sino también en el año 2004 cuando se le otorgó a los afiliados la posibilidad de retornar al Régimen de Prima Media, lo cual fue ampliamente publicitado por los fondos como se constata a folios 228 y 229, máxime cuando desde el año 1994 era conocedora de los fondos según la documental aportada en la demanda (fls. 104-114) donde se realiza una gran disertación comparativa de los regímenes de pensiones.

Ahora en relación con el precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que se refiere al deber de información, se debe tener en cuenta que es el mismo precedente el que señala que “los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de

información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse” (sentencia proferida en el radicado 68838), que para este caso sería la vigente para el año 1995, por lo que se colige que con lo expuesto por la demandante en el interrogatorio se cumplió con la normatividad vigente para esa fecha.

Aunado a que desde la vigencia de la Ley 100 de 1993 todos los aspectos que regulan el tema pensional se encuentran regulados en la ley, y que es norma de vieja data que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, como se señala en la aclaración de voto a la sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación 68852, “...su ignorancia no puede invocarse como excusa para viciar el consentimiento”, máxime cuando las consecuencias del traslado operan en virtud de la ley.

En otro giro, también se observa que no se acredita la causal de ineficacia del acto de traslado señalada en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en la medida que ni siquiera se constituye en uno de los supuestos fácticos de la demanda.

En este punto, se debe reiterar que la Sala no desconoce la obligación en cabeza de los fondos de pensiones de suministrar a los afiliados la información completa y veraz respecto a las condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad, lo que necesariamente debe analizarse en cada caso concreto, de acuerdo a las circunstancias particulares que lo rodean y con las pruebas debidamente incorporadas en el debate probatorio, para el caso de concreto, el interrogatorio, los diferentes formularios de afiliación, el formulario de elección o cambio de tipo de pensión, los comunicados de prensa y artículos periodísticos, se logra deducir, aplicando los criterios de la sana crítica, al tenor de los artículos 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que los fondos encartados cumplieron con la obligación de otorgar la información, dando de esta manera cumplimiento al precedente judicial.

Adicionalmente, se señala en el recurso de apelación que no se acredita en el presente caso los vicios de consentimiento, por lo que al revisarse el material probatorio se llega a la misma conclusión en la medida en que no se acredita la existencia de un error, ya que es de anotar respecto del error de derecho que este se refiere según la definición doctrinal a “a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto del negocio jurídico”¹, y como este sería el que se configuraría por el desconocimiento sobre los

¹ Cfr. FLOUR, Jacques et Jean-Luc AUBERT. *Les Obligations*. T. I. 6^e Ed. Paris, Armand Colin Editeur, 1994, Ps. 142-143.

derechos que se tiene en cada uno de los regímenes, por expreso mandato del artículo 1509 del Código Civil, este tipo de error no vicia el consentimiento de quien lo presta.

En relación con el error de hecho, contemplado en el artículo 1508 del Código Civil, se recuerda que este se configura cuando recae sobre la especie de un acto o contrato al que se ejecuta, y en el presente caso, no se acredita la ocurrencia de este.

Por último, no se puede pasar por inadvertido que la inconformidad del actor que motivó la presentación de la demanda es el posible monto de la mesada pensional, lo cual no se constituye en una causal de nulidad o ineficacia del acto inicial de traslado o de su permanencia en el RAIS, máxime cuando el monto de la mesada pensional se determina al momento de hacer exigible la pensión o reunir los requisitos y no al momento de la vinculación a cualquiera de los fondos, porque en dicha oportunidad una proyección de la mesada es simplemente una información que puede ser modificada por diversas variables como por ejemplo en el Régimen de Prima Media por los ingresos bases de cotización durante la vida laboral, la edad, y las semanas de cotización, y en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por los aportes, aportes voluntarios, bonos pensionales, rendimientos, edad de retiro que se escoja, etc.

Por último y respecto de las alegaciones de que la nulidad propende por la descapitalización del Régimen de Prima Media con prestación definida, es de anotar que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional el traslado en el periodo ad portas de cumplir el requisito de edad para causar el derecho a la pensión vulnera principios constitucionales como la equidad, solidaridad y sostenibilidad financiera del sistema de pensiones.

En sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993, expuso la Corte Constitucional lo siguiente: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones,...”* y *“el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que*

representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional,...”.

En la Sentencia C-401/16 consideró: “... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos - se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”

Y en la sentencia C-083/19, señaló que “el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de

solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional^[30], y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación^[31], de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad es disímil entre ellos porque quienes en el régimen de prima media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual en donde el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Esa financiación intra e intergeneracional no se sule con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que solo permite el retorno al Régimen de Prima Media sin afectar sus derechos a aquellas personas que cotizaron 15 o más años al sistema de pensiones antes del 1 de abril de 1994, esto es, cuando habían aportado a esa solidaridad intergeneracional aproximadamente las dos terceras partes de su vida laboral.

En ese orden de ideas, al valorarse los diferentes elementos que obran en el proceso desde el principio de comunidad de la prueba, el marco normativo aplicable al momento del traslado como lo señala la jurisprudencia, se colige que en el presente caso no se dan los supuestos legales ni jurisprudenciales para declarar la ineficacia o la inexistencia o la nulidad del acto de traslado al régimen de ahorro individual, por lo que hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia y la sala se releva de estudiar los demás puntos de apelación.

COSTAS: no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: RECONOCER personería para actuar al dr. IVAN DARIO BLANCO ROJAS identificado con la C.C. 80.221.256 y T.P. 205.113 en calidad de apoderado de la demandada COLPENSIONES; y al dr. ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LOPEZ identificado con la C.C. 79.985.203 y T.P. 115.849 en calidad de apoderado de la demandada PORVENIR.

SEGUNDO: REVOCAR la sentencia proferida el 11 de febrero de 2020 por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de las pretensiones incoadas por la señora **ALEXANDRA MATEUS CORTES** identificada con la C.C. 51.864.659.

TERCERO: Sin costas en la presente instancia, las de primera a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Original firmado)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

(Original firmado)

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

(Salvamento de voto)

(Original firmado)

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: OLGA MARCELA BOHORQUEZ LOZADA

DEMANDADO: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 31 05 028 2016 00580 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de julio de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, a decidir el recurso de apelación presentado por el apoderado de **OLGA MARCELA BOHORQUEZ LOZADA** contra la sentencia proferida el 25 de febrero de 2020 por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que el contrato de afiliación a la AFP PORVENIR S.A. realizada el 1 de abril de 1999, es nula por cuanto su consentimiento se encuentra viciado por error, debe revocar el reconocimiento de la pensión y que COLPENSIONES debe aceptar el regreso en calidad de afiliada suya, así como todos los dineros que la AFP devuelva con ocasión de la nulidad de la afiliación, se condene a COLPENSIONES a reconocer, liquidar y pagar la pensión de vejez teniendo en cuenta las cotizaciones de toda la vida laboral para determinar el IBL que corresponde en el Régimen de Prima Media con prestación definida, lo ultra y extra petita y las costas procesales. (fl. 2-12)

Frente a esas pretensiones, COLPENSIONES se opuso a todas y cada una de las pretensiones con sustento que el acto de traslado es válido y no se probó alguna de las causales de nulidad: error, fuerza o dolo en la afiliación a la AFP Porvenir, existiendo un traslado voluntario por parte de la demandante. Presentó como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de la legalidad de los actos administrativos y las demás excepciones que resulten dentro del proceso. (35-39).

Respecto de dichas pretensiones, la demandada AFP PORVENIR S.A. también se opuso a todas, con el argumento que el traslado procede únicamente para las personas que ostentan la calidad de afiliados y la demandante ya tiene condición de pensionada, la demandante no pertenecía al régimen de transición para el momento del traslado y el traslado se realizó válidamente al RAIS. Presentó como excepción previa la falta de integración de litis consorcio necesario, y como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación a cargo de Porvenir, prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, cobro de lo no debido, buena fe y compensación. (Fls.55-76)

DEMANDA DE RECONVENCIÓN:

El apoderado de la AFP PORVENIR S.A. presentó demanda de reconvencción pretendiendo que se condene a la señora Olga Marcela Bohórquez a restituir los pagos realizados por concepto de las mesadas pensionales que ha realizado PORVENIR S.A. desde enero de 2015 a la fecha de ejecutoria de la sentencia y el retroactivo pensional pagado por concepto de \$18`077.182; el pago de los intereses moratorios por concepto de cada una de las mesadas pensionales percibidas, la indexación de las sumas anteriores y las costas. (Fls.175 a 187)

Frente a esas pretensiones, el apoderado de la señora Olga Marcela Bohórquez se opuso parcialmente con sustento en que a su apoderada no le fueron informadas las consecuencias del traslado de fondos y por tal razón se realizó la demanda de nulidad de afiliación, que en caso de prosperar, debe ser Colpensiones la encargada de restituir todos los pagos realizados por concepto de mesadas pensionales a la AFP PORVENIR S.A. Presentó como excepciones de fondo las de inexistencia de las obligaciones, innominada o genérica, mala fe por parte de la entidad AFP Porvenir y prescripción (Flios. 254-256).

OTRAS ACTUACIONES

En la contestación de la demanda, la AFP PORVENIR S.A. solicitó la integración de litisconsorcio a LA NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO por ser la entidad encargada de emitir el bono pensional; en consecuencia, el juzgado mediante providencia del 3 de febrero de 2017 ordenó la integración de litis consorcio. (Flíos. 188-189).

Con relación a las pretensiones, la NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO no presentó oposición señalando en síntesis que no es competencia de esa entidad pronunciarse acerca de la afiliación de la demandante al RAIS y las pretensiones no recaen en contra de la entidad. Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación y excepción genérica según el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil. (Fls.191-195).

A través de memorial, la AFP PORVENIR S.A. solicitó la nulidad de las actuaciones a partir del auto del 3 de febrero de 2017 por violación del debido proceso por no pronunciarse el despacho sobre la demanda de reconvencción presentada por la misma entidad (Flíos. 241-246), mismo que es recorrido por la parte demandante solicitando no se de curso al mismo (Flio. 251); y resuelto por el despacho en el sentido de admitir la demanda de reconvencción y correr traslado de la misma. (Flíos. 252-253)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 25 de febrero de 2020, absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la parte actora incluyendo como agencias en derecho la suma de \$300.000 a favor de cada una de las demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante presentó recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente y sobre los siguientes puntos:

Se debe estudiar todo el material probatorio allegado en el transcurso del proceso ya que con este se logra evidenciar que la actora es beneficiaria del régimen de transición por lo cual tenía un derecho adquirido al momento de su traslado y es viable que se declare la nulidad de la afiliación.

ALEGACIONES

DEMANDANTE: Presentó escrito de alegaciones solicitando se revoque el fallo de primera instancia de manera integral porque se demostraron los

hechos de la demanda y la decisión de primera instancia se apartó de las decisiones de la H. Corte Suprema de Justicia, porque se demostró en el proceso que la demandada no cumplió con el deber de información y que la demandante es beneficiaria del régimen de transición.

COLPENSIONES Expuso en el escrito de alegaciones que la demandante se encuentra incurso en la prohibición del artículo 1 del Decreto 3800 de 2003, mediante el cual se limitó el traslado a las personas que les faltaren menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión. Adicionalmente, indicó que antes del año 2014, con la expedición de la Ley 1748 de 2014 no existía norma legal que obligara a las administradoras de pensiones a realizar simulaciones de proyecciones pensionales por lo que no es posible exigir el cumplimiento de esa obligación y que el monto de la mesada no es causal de ineficacia o nulidad de un traslado de régimen.

Aportó poder de sustitución.

NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Presentó escrito de alegaciones. Señala que sí se confronta el formulario de solicitud de vinculación a la AFP con el marco normativo, artículo 13 de la Ley 100 de 1993, literal b), artículo 11 del Decreto 692 de 1994, se observa que cumple con las formalidades de dichas normas, especialmente la declaración de escogencia libre y voluntaria de régimen pensional, que no pudo pasar inadvertida por el demandante, pues se encuentra en la parte que suscribió el documento.

Adiciona que no se prueba vicios del consentimiento ni causal de ineficacia del acto de traslado, que el desconocimiento de la ley no genera un vicio en el consentimiento, que en caso de existencia de nulidad alguna, la misma ya se encontraría saneada, que la falta de ejercicio de la facultad de regresar al RPM no invalida ni hace ineficaz el acto de traslado, que la variación del monto de la pensión, o la falta de una proyección pensional no constituyen vicios del consentimiento ni causal de ineficacia y que no es aplicable la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema al presente caso.

Por último, señala la violación al principio constitucional de la sostenibilidad financiera.

PORVENIR Señala en el escrito que la demandante no tiene la calidad de afiliada, sino de pensionada quien conoce las condiciones pensionales, lo cual ha ratificado con la solicitud de reconocimiento pensional.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, se debe ordenar el traslado al régimen de prima media.

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 17, cédula de ciudadanía que da cuenta que la actora nació el 25 de enero de 1957.
- A folios 18, 20-28, 42-43, 81-101, 268-280, resumen de semanas cotizadas, relación de aportes
- A folios 19, 79 formulario de traslado de régimen del ISS a PORVENIR, 25 de febrero de 1999.
- A folio 29, reconocimiento de pensión de vejez por parte de PORVENIR
- A folio 80, certificación SIAFP, a partir del 9 de enero de 2015.
- A folios 102-104, 199-200, expedición de bono pensional.
- A folio 236, CD expediente administrativo
- A folios 107-126, trámites y documentos realizados para el reconocimiento pensional.
- A folios 139-164, trámite de la tutela instaurada por la accionante mediante la cual solicitaba el traslado del régimen y reconocimiento pensional.
- A folios 168-170, certificación de las mesadas pensionales canceladas por Porvenir S.A.
- A folios 128, 132-133, reclamaciones administrativas y respuestas.
- A folios 172-174, comunicados de prensa.
- Interrogatorio a la parte demandante.
- Testimoniales de Sonia Villamil Medina y Luis Hernando Gómez

Caso Concreto

Frente a la decisión absolutoria de primera instancia, el apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación respecto de la valoración probatoria al considerar que por ser la demandante beneficiaria del régimen de transición tenía un derecho adquirido al momento del traslado por lo cual debe declararse la nulidad de la afiliación realizada a Porvenir S.A.

Para resolver dichos aspectos del recurso de apelación, se revisa los diferentes elementos de prueba que obran en el proceso y de ellos se deduce los siguientes aspectos:

La demandante realizó el traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 25 de febrero de 1999 (fl.19 y 79), era beneficiaria del régimen de transición por cuanto al 1° de abril de 1994 contaba con 37 años (fl. 17), no estaba incurso en las causales de exclusión señaladas en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 para optar por el traslado al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por cuanto a la entrada en vigencia del sistema no tenía 50 años de edad ni gozaba de una pensión por invalidez, y de acuerdo a lo estipulado en los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994 su solicitud de traslado no podía ser rechazada por el fondo por cuanto es una conducta prohibida para esas entidades, y por último, actualmente goza de una pensión de vejez reconocida por Porvenir.

Se alega en los hechos de la demanda que al momento del traslado la demandante no fue informada sobre la pérdida del régimen de transición, que no le dieron información completa sobre la diferencia entre los regímenes pensionales, lo cual reitera en el interrogatorio de parte al exponer que tomó la decisión casi que obligada al sentirse atormentada porque el seguro social se iba acabar y sus ahorros podían perderse.

Sin embargo, en ese mismo medio de prueba señaló la demandante que *“no retornó porque una de las motivaciones que dio Porvenir para trasladarse también fue que se podía pensionar antes de la edad requerida, que le podían devolver los aportes; son cosas motivantes depende al proyecto de vida que tenga”*.

También expuso que se encuentra pensionada, aclarando que lo es de manera arbitraria porque su intención era la devolución de fondo al ver que su pensión solo sería del mínimo y la mesada pensional no le alcanza para nada por lo cual se encuentra subsidiada por su hijo.

Adicional a la exposición en el interrogatorio por la actora se recibieron los testimonios de la señora Sonia María Villamil y el señor Luis Hernando López quienes concordaron en señalar que al momento del traslado laboraban para el hotel DANN, recibieron una asesoría en una reunión en general en la que les informaron que el Seguro Social se iba acabar que se podían pensionar más rápido, a menos edad y con un mayor ingreso, no les dieron datos exactos, pero la idea era que los aportes que hicieran iban a tener una mayor rentabilidad.

Se acredita igualmente, que el formulario se diligenció de manera voluntaria tal y como se desprende del recuadro de dicho documento (fol. 79), y como se hace notar en los alegatos del Ministerio de Hacienda.

Ahora si bien la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el formulario no es prueba del consentimiento informado, esa misma jurisprudencia indica que dicho formulario acredita el consentimiento, esto es, no prueba la información otorgada, pero si prueba a lo sumo el consentimiento del demandante (SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras).

Los anteriores hechos probados permiten colegir que el traslado del régimen de prima media al régimen de Ahorro individual cumple con los requisitos señalados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 que son de validez de conformidad con el mismo artículo, norma que permitía que la manifestación de voluntad se realizara en formatos preimpresos, aunado a que cumple con las normas vigentes para la fecha de traslado, esto es, la manifestación que la selección la efectuó en forma libre, espontánea y sin presiones, como se constata en el formulario, y con ello sometió su aspiración pensional a las disposiciones, requisitos y parámetros contenidos en la Ley 100 de 1993, máxime que para la fecha del traslado el régimen de transición no se constituía en un derecho adquirido para la demandante, como se deduce del contenido del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, respecto de las personas que eran beneficiarias de él por el requisito de la edad.

Además, se debe señalar que el formulario allegado al expediente se encuentra suscrito por la demandante, y la firma del formulario es una manifestación del consentimiento emitido por ella al tenor de la jurisprudencia y de conformidad con el artículo 1502 del C.C. esa manifestación de voluntad no se debe encontrar afectada de vicios.

La demanda sustenta la nulidad del acto del traslado porque el consentimiento se encuentra viciado por error configurado al no entregarse la información necesaria para dicho traslado.

Respecto del error enunciado como vicio del consentimiento es de anotar que la legislación señala dos tipos, de derecho y de hecho.

En relación con el error de derecho es de anotar que este se refiere según la definición doctrinal “*a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto del negocio jurídico*”¹, esto es, recae sobre las definiciones legales de los derechos y obligaciones que le acarrearán a los contratantes la suscripción de determinado acto jurídico, y este tipo de error por expreso mandato del artículo 1509 del Código Civil, no vicia el consentimiento de quien lo presta.

¹ Cfr. FLOUR, Jacques et Jean-Luc AUBERT. *Les Obligations*. T. I. 6^e Ed. Paris, Armand Colin Editeur, 1994, Ps. 142-143.

Adicionalmente, sin que exista desconocimiento de la obligación legal de las entidades que administran los recursos pensionales de asesorar a los afiliados desde la vigencia de la Ley 100 de 1993, se debe señalar que todos los aspectos que regulan el tema pensional se encuentran regulados en la ley, cuyo desconocimiento no sirve de excusa de conformidad con el artículo 9 del Código Civil, el cual fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 651 de 1997, dicha falta de conocimiento no se puede invocar como pretexto para afectar de vicios el consentimiento, máxime cuando las consecuencias del traslado operan en virtud de la ley, al punto que así se señala en la aclaración de voto a la sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación 68852 y se indica en las alegaciones presentadas por el Ministerio.

Respecto a que la ignorancia de la ley no es excusa, ya lo señaló la Corte Constitucional en sentencia C-401/16, cuando indicó que *“debido a que todo afiliado al régimen de prima media con prestación definida debe saber que requiere cotizar mínimo 1.300 semanas para tener derecho a una pensión de vejez -la ignorancia de ley no sirve de excusa-.”* Colpensiones no debía señalar en los reportes cuantas semanas le faltaban al afiliado para cumplir las exigidas para adquirir el derecho; y esto es relevante porque dicho artículo 9 de acuerdo a la jurisprudencia constitucional es un desarrollo del artículo 95 de la Constitución Política que consagra que todas las personas están obligadas a cumplir la constitución y las leyes.

De tal manera que se descarta en el presente caso la existencia de un error de derecho.

En relación con el error de hecho se recuerda que este se configura cuando el consentimiento recae sobre la especie de un acto o contrato que se ejecuta diferente al que se pretende, y, en el presente caso, se observa que la demandante suscribió de manera libre, espontánea y sin presiones la solicitud de traslado de régimen en un formulario que las normas que regulan la materia permiten que sea preimpreso, hecho que por demás fue aceptado en el interrogatorio de parte, por lo que no se encuentra una prueba que indique que la accionante fue engañada o que no iba a existir un traslado de régimen, máxime cuando es en el mismo documento donde se señala el traslado de régimen AFP anterior ISS y la escogencia del fondo Porvenir para que administre los aportes pensionales (fl. 19).

Ahora el reiterado precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral sobre la materia indica que la carga de la prueba sobre la información otorgada al vinculado es de responsabilidad del fondo de pensiones; en el presente caso se encuentra que se acredita porque es la misma demandante y los testigos los que informan sobre la reunión general

con los asesores, lo que aunado a la prueba del formulario que es prueba del consentimiento, según la misma jurisprudencia, y a juicio de este tribunal se constituye en un indicio de que existió una reunión de la demandante con el asesor en la que se brindó información, elemento de prueba que permite concluir al unirlo con el interrogatorio que existió la asesoría sobre los aspectos propios del régimen de Ahorro Individual con solidaridad que le permitió valorar que era más beneficioso pertenecer al dicho régimen por la pensión anticipada y por ello su escogencia, al punto que pese a tener la posibilidad de retornar al Régimen de Prima Media con prestación definida no lo hizo por esa misma razón.

Ahora la escogencia del Régimen de Ahorro Individual con solidaridad por la posibilidad de la pensión anticipada excluye la posibilidad de la voluntad de la demandante de pertenecer al Régimen de Prima Media e incluso al Régimen de Transición dado que para adquirir el derecho a la pensión en este se debía cumplir los requisitos de edad y semanas cotizadas, lo cual era contrario a la voluntad de la demandante al momento del traslado que pretendía una pensión anticipada.

En ese orden de ideas, contrario a lo expuesto por el demandante se considera que en el presente caso si existió la información sobre los regímenes que le permitieron a la demandante escoger la posibilidad de una pensión anticipada frente a la posibilidad de una pensión con el cumplimiento de los requisitos exigidos en las normas ya existentes y vigentes al momento del traslado.

Adicionalmente, no se puede desconocer que la demandante recibe en la actualidad la pensión de vejez dado el cumplimiento de los requisitos en el Régimen de Ahorro Individual, sin que el hecho de que el monto de la mesada pensional se constituya en una causal de nulidad como lo señalan Colpensiones y el Ministerio en las alegaciones.

Tampoco en el presente caso se puede desconocer la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la coexistencia de los regímenes pensionales, las técnicas excluyentes para la financiación del sistema pensional y la diferencia en el concepto de solidaridad de cada uno de los regímenes. Lo cual se puede constatar en lo expuesto, entre otras, en las siguientes sentencias:

C-083/19: “el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas

del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional^[30], y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación^[31], de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

C-1024 de 2004 al analizar la exequibilidad del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993.

“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones,...” y “el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez

cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional,...”.

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad es disímil entre ellos porque quienes en el régimen de prima media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores como se indican en las sentencias que declaran la ineficacia o nulidad del acto de traslado, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que solo permite el retorno al régimen de prima media del afiliado que se trasladó de régimen cuando cotizó 15 años o más al sistema antes del 1 de abril de 1994.

Por lo que una decisión contraria a la emitida por el juez de primera instancia vulnera los principios de solidaridad propio del régimen de Prima Media, de equidad y de sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones contemplados en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 1 de 2005.

En ese orden de ideas, al aplicar la jurisprudencia constitucional al presente caso se encuentra que efectivamente declarar la nulidad o ineficacia del acto de traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual vulnera los principios constitucionales del Sistema General de Pensiones.

En conclusión, al valorarse los diferentes elementos que obran en el proceso desde el principio de comunidad de la prueba, el comportamiento de las partes, y el marco normativo aplicable al momento del traslado, se colige que en el presente caso no se dan los supuestos legales ni jurisprudenciales para declarar la nulidad del acto de traslado al régimen de ahorro individual, por lo que hay lugar a **confirmar** la sentencia de primera instancia.

COSTAS: no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de febrero 2020 por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Original firmado)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

(Original firmado)

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado

(Salvamento de voto)

(Original firmado)

DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: JOSÉ LIBARDO NARVAEZ ALVARADO

DEMANDADO: SOCIEDAD TRANSPORTADORA DE LOS ANDES SA SOTRANDES SA

RADICADO: 11001 31 05 026 2018 00430 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de julio de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a resolver el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida el 28 de febrero de 2020 por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare la existencia de un contrato de trabajo desde el 1 de octubre de 1998 hasta el 22 de octubre de 2016, el cual terminó unilateralmente por la empresa sin justa causa, y, como consecuencia de ello, se condene a la demandada al pago de salarios; cesantías; vacaciones; prima de servicios; aportes a seguridad social; la suma por los periodos en que el actor no trabajó por la finalización del contrato sin justa causa, comprendidos entre el 1 de febrero de 2001 y el 8 de marzo de 2001, 7 de junio de 2001 y el 16 de julio de 2001, 17 de julio de 2004 y el 22 de noviembre de 2004, 5 de febrero de 2009 y el 26 de abril de 2009, 27 de abril de 2012 y el 14 de mayo de 2012, 20 de febrero de 2013 y el 5 de abril de 2013, 25 de febrero de 2015 y el 14 de abril de 2015, 16

de septiembre de 2015 y el 22 de octubre de 2015, dotación y el 1 de octubre de 1998; un día de salario por cada día de retardo en el pago de las deudas laborales y costas y agencias en derecho. (fols. 5 a 9 y 114 a 117)

Como fundamento de sus pretensiones señaló que el actor se vinculó a trabajar para la demandada el 1 de octubre de 1998 y como última remuneración recibió la suma de \$689.454, durante su vinculación se suscribieron diferentes contratos y el último finalizó el 22 de octubre de 2016, previo a esto, el 29 de agosto de 2016, la demandada emitió un documento informando al demandante que el contrato no sería renovado. (fols. 2 a 5)

Frente a esas pretensiones, SOTRANDES S.A. se opuso a todas y cada una de ellas bajo el argumento de que entre las partes existieron diferentes contratos de trabajo a término fijo inferior a un año; las relaciones laborales finalizaron con estricto apego a la ley bien por vencimiento de plazo o por decisión unilateral del demandante. Presentó como excepciones de mérito las de inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo de la demandada, cobro de lo no debido, falta de título y causa en el demandante, buena fe contractual, pago de los derechos legalmente causados, prescripción, improcedencia de la condena al pago de salarios y sanción moratoria por ausencia de mala fe de la sociedad demandada y la genérica (fols. 143 a 157).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 28 de febrero de 2020, absolvió a la sociedad transportadora de los andes LTDA SOTRANDES LTDA de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas al demandante.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Dado que no se interpuso recurso de apelación se ordenó surtir el grado jurisdiccional de consulta el cual asume la Sala en virtud del artículo 69 del CPTYSS modificado por la Ley 1149 de 2007.

ALEGACIONES

PARTE DEMANDADA:

Presentó escrito de alegaciones en el que aduce que el material probatorio indica que el demandante prestó servicio a la demandada a través de varios

contratos de trabajo a término fijo inferior a un año, celebrados de buena fe y terminados de conformidad a las reglas señaladas en la ley.

Las interrupciones entre los diferentes contratos fueron significativas y considerables y durante las cuales no hubo prestación del servicio. En consecuencia, solicitó se confirme la decisión de primera instancia.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si entre las partes existió un único vínculo contractual en caso afirmativo estudiar la procedencia de las condenas pretendidas.

Elementos de prueba relevantes:

- A folios 19 a 20, certificado médico de aptitud laboral.
- A folios 22 a 23, liquidación de contrato de trabajo de fecha de retiro 22 de octubre de 2016.
- A folio 24, carta de 29 de agosto de 2016, mediante la cual se informa al demandante que el contrato de trabajo vence el 22 de octubre de 2016 y no será renovado.
- A folio 25, certificación laboral.
- A folios 26 a 29, historia laboral expedida por Colpensiones.
- A folios 30 a 64, comprobantes de nómina.
- A folio 65 a 110, 158, 168, 176 a 181, 192 a 201, 216 a 221, 231 a 237, 245 a 252, 259 a 261, 266 a 269, contratos de trabajos suscritos entre las partes.
- A folios 159 a 164, 169 a 172, 182 a 185, 202 a 205, 222 a 224, 228, 238, 239, 241, 262, 270 a 272, formularios de afiliación.
- A folios 165, 173, 243, 256, 264, renunciaciones presentadas.
- A folios 166, 174, 190, 191, 211, 212, 214, 226, 229, 242, 257, 265, 274 liquidaciones de los contratos.
- A folios 186, 189, 227, 230, cartas de desvinculación.
- A folios 289 a 294, comprobante de egreso.
- A folios 295 a 302, actas de entrega de dotación

Marco Normativo y Jurisprudencial

- Artículos 46, 47, 62 y 64 Código Sustantivo del Trabajo.
- Artículos 60 y 61 del código procesal del trabajo y de la seguridad social.

- Artículos 164 y 167 del código general del proceso.
- Sentencia SL9643-2017 con radicado N° 45555 del 3 de mayo de 2017
M.P. Gerardo Botero

Caso Concreto

En el presente caso se observa que el demandante pretende que se declare la existencia de una única relación laboral con el objeto de obtener el pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones y el pago de aportes al sistema de seguridad social.

La demandada expuso como tesis de defensa que el demandante prestó sus servicios como conductor de diferentes vehículos de propiedad de diferentes dueños, y suscribió diferentes contratos a término fijo como se constata con los elementos de prueba aportados al proceso; tesis que se reitera en el escrito de alegaciones.

Del material probatorio reseñado en precedencia, la Sala determina que la sentencia primigenia será confirmada por las razones que pasan a exponerse:

En primer lugar, con el interrogatorio de parte expuesto por el demandante, la declaración rendida por el señor JOSÉ LIBARDO NARVAEZ ALVARADO, y el contenido de los diferentes documentos: contratos, tirillas de liquidación y copias de las afiliaciones a seguridad social que militan en el expediente se demuestra que el actor suscribió diferentes contratos de trabajo con la convocada a juicio, lo que da lugar a que se encuentren acreditados los siguientes vínculos laborales:

Inicio	Termino	Forma en que termina
27/06/2000	31/01/2001	Renuncia (fl. 165)
09/03/2001	06/06/2001	Renuncia (fl. 173)
17/07/2001	16/07/2004	Expiración del plazo (fl. 189)
23/11/2004	04/02/2009	Renuncia (fl. 213)
27/04/2009	26/04/2012	Expiración del plazo (fl. 227)
15/05/2012	20/02/2013	Renuncia (fl. 243)
06/04/2013	25/02/2015	Renuncia (fl. 256)
14/04/2015	15/09/2015	Renuncia (fl. 264)
23/10/2015	22/10/2016	Expiración del plazo (fl. 273)

Se observa que algunos contratos fenecieron por expiración del plazo pactado conforme a la documental visible a folios 189, 227 y 273, respecto de los cuales se verifica que la demandada dio cumplimiento a la obligación de contenida en el numeral primero del artículo 46 del CST, esto es, avisar

al trabajador con un periodo no inferior a 30 días previos la terminación del vínculo laboral.

En segundo lugar, cada uno de los contratos suscritos entre las partes, una vez finalizados fueron liquidados de conformidad con lo estipulado en la Ley como se constata a folios 166, 174, 190, 191, 211, 212, 214, 226, 229, 242, 257, 265 y 274.

En tercer lugar, no se logra demostrar la existencia de una única relación laboral, en la medida en que no se desplegó actividad probatoria tendiente a demostrar que no se presentó solución de continuidad en la prestación del servicio durante los periodos en que no se suscribió contrato de trabajo, por el contrario, el demandante en su exposición en el interrogatorio confesó que durante dichos interregnos no prestó el servicio.

Lo anterior fue corroborado por el testigo Edgar Guevara Martínez quien afirmó fue compañero de trabajo del accionante y por tal razón le consta que el actor trabajaba para diferentes dueños de carros los cuales lo vinculaban con la empresa demandada, que los contratos se terminaban por renuncia o terminación del plazo, resaltó que si la terminación del vínculo no era por nada grave podía volver a vincularse con otro carro.

Por el testimonio de la señora Rosa Galindo quien informó ser la encargada de la nómina de la empresa, por lo que le consta que el actor trabajó con ellos por algunos periodos, durante los cuales lo afiliaban a la seguridad social y a la finalización del contrato se le pagaba su liquidación, el salario se lo pagaba el dueño del carro por destajo, y cuando se desvinculaba de la empresa también se realizaban los reportes correspondientes.

Y por lo expuesto por el señor Julio Cesar Rodríguez quien era el despachador de los buses, en su testimonio señaló que la empresa informaba cada una de las vinculaciones las cuales iban relacionadas con el carro, sabía que la duración del contrato dependía del patrón que era el dueño del carro, que una vez la empresa le informaba esto incluía al actor en las operaciones del día, que no lo dejaba prestar el servicio si no estaba uniformado o vinculado con algún bus y que no volvió a ver al actor manejando algún bus.

En conclusión, del acervo probatorio no se deducen elementos que permitan señalar la existencia de una única relación contractual durante el periodo señalado en la demanda, y en consecuencia se **confirmará** la sentencia de primera instancia.

COSTAS: no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de febrero de 2020 por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Original firmado)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

(Original firmado)

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

(Original firmado)

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: RAMIRO FRANCO LEAL

DEMANDADO: COLFONDOS S.A

RADICADO: 11001 31 05 022 2018 00297 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de julio de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a decidir el recurso de apelación presentado por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida el 14 de febrero de 2020 por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que cumplió el 13 de marzo de 2017 con los requisitos establecidos en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 para obtener la pensión de vejez, y, en consecuencia, se condene a la demandada al pago de la pensión desde esa fecha, el retroactivo junto con los aumentos legales, los perjuicios morales y materiales por el incumplimiento del pago de la pensión, intereses moratorios, lo ultra y extra petita y las costas y agencias en derecho. Subsidiariamente, la indexación de las sumas a que fuere condenada la demandada.

Frente a esas pretensiones, COLFONDOS se opuso indicando que para la fecha de 21 de abril de 2017, en la que se presentó la primera solicitud de pensión, el demandante no contaba con el capital suficiente en su cuenta

de Ahorro Individual para el reconocimiento de la pensión de vejez, recordando que en dicho Régimen la pensión de vejez no se causa por la acumulación de semanas, sino por la acumulación del capital necesario, el cual se acreditó en enero de 2018, fecha para la cual se verificó el bono pensional tipo A. presentó las excepciones de Inexistencia del derecho reclamado, buena fe, genérica o innominada e inexistencia de intereses moratorios. (fls. 111 a 124)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 14 de febrero de 2020, declaró que el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago del retroactivo pensional desde el 17 de enero de 2018 hasta el 30 de marzo del mismo año, condenó a COLFONDOS a reconocer y pagar el retroactivo por la suma de \$2.713.333 debidamente indexado al momento de su pago, declaró parcialmente probada la excepción de inexistencia de la obligación y condenó en costas a la demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente y sobre los siguientes puntos:

Parte demandante:

El retroactivo pensional debe ser reconocido desde la fecha pretendida en la demanda porque el trámite del bono pensional no se debe constituir en excusa para el reconocimiento de la pensión en un periodo superior a cuatro meses después de que el demandante elevó la solicitud, aunado a que la demandada dilató el proceso, por lo cual también hay lugar al pago de intereses moratorios y a la condena de costas por un mayor valor.

Parte demandada:

En el RAIS solo se obtiene el derecho pensional cuando se tiene el capital necesario para financiar la prestación, requisito que se cumplió solo hasta enero de 2018 y solo posterior a esa fecha el demandante allegó la documental necesaria por lo cual con esto se realizó el estudio de la pensión dentro del término estipulado en la Ley sin que se pueda imponer condena, igualmente, se opone a la condena en costas.

ALEGACIONES

PARTE DEMANDANTE:

En el escrito de alegaciones expresa que el demandante cumplió y efectuó todos los trámites correspondientes para solicitar su pensión, para la fecha en que presentó los documentos cumplía con el requisito de capital acumulado suficiente para causar el derecho, y pese a ello el Fondo dilató el trámite, razón por la que al demandante le correspondió interponer una acción de tutela para activar el trámite del bono pensional.

PARTE DEMANDADA:

COLFONDOS

Manifiesta que la Ley frente al tema de las pensiones de vejez para el RAIS no señala un tiempo mínimo de cotización de edad o de semanas, simplemente señala que se requiere un capital acumulado suficiente para poderse pensionar. Respecto del bono pensional la entidad demandada cumplió con la obligación legal. No hay lugar a reconocer el derecho en fecha anterior porque el demandante no contaba con capital suficiente en su cuenta de ahorro individual para el reconocimiento de la pensión de vejez, aunado a que es inexistente el saldo para financiar el retroactivo, y en caso de accederse a dicha petición habría lugar a reliquidar la pensión desde la fecha solicitada y verificar si el capital permite dicho reconocimiento. Presenta poder de sustitución.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si hay lugar o no a pagar el retroactivo pensional desde el día 13 de marzo de 2017, los intereses moratorios y la condena en costas.

Elementos de prueba relevantes:

- A folios 22 y 125 y 269 a 272, obra radicación de certificado de información laboral para bono del 23 de noviembre de 2016 y formato 1, 2.
- A folio 25, obra solicitud de reconocimiento pensional presentada el 21 de abril de 2017.
- A folio 26, obra derecho de petición del 28 de junio de 2017, mediante el cual se solicita agilizar el trámite de la pensión.
- A folio 27, obra respuesta emitida el 5 de octubre de 2017 por Colfondos respecto al trámite pensional.
- A folio 28, obra solicitud presentada por Colfondos al Ministerio de Defensa Nacional para el reconocimiento del bono tipo A del 2 de agosto de 2017.
- A folios 29 a 31, extractos del fondo.

- A folios 32 a 44, piezas procesales de la acción de tutela 2017 5520.
- A folios 45 a 47, solicitud de cumplimiento al fallo de tutela.
- A folio 48, respuesta a la solicitud de cumplimiento al fallo de tutela en la que se señala que ya se emitió el bono del Ministerio de Defensa, pero se está en espera del bono del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
- A folios 51 a 53, información sobre la acreditación del bono pensional tipo A desde el 17 de enero de 2018, y solicitud de actualización de la documentación para estudiar la petición de pensión.
- A folio 54, solicitud de pensión presentada el 26 de febrero de 2018.
- A folios 58 a 61 y 146 a 149, carta de reconocimiento pensional del 13 de marzo de 2018.
- A folio 62, carta a través de la cual el actor escoge la modalidad de renta vitalicia y solicita el pago de retroactivo e intereses moratorios.
- A folios 63 y 153, escogencia de la aseguradora para pensión por renta vitalicia.
- A folio 64, formato de selección de renta vitalicia a partir de marzo de 2017.
- A folio 68 y 154, solicitud de Colfondos S.A. al demandante sobre los documentos para el ingreso a nómina.
- A folio 127, comunicación de Colfondos S.A. mediante la cual le informa al actor que está pendiente del reconocimiento de los bonos pensionales.
- A folios 185 a 256, solicitud de bonos pensionales del 25 de junio de 2017 ante el Ministerio de Defensa.
- A folios 260 a 268, copia de la Resolución 17447 del 21 de diciembre de 2017 mediante la cual el Ministerio de Hacienda emite y ordena el pago del bono a favor del accionante.
- A folios 273 a 274, Resolución N°. 4528 del 20 de noviembre de 2017 mediante la cual el Ministerio de Defensa reconoce el bono pensional.
- A folios 275 a 282, contrato de modalidad de retiro programado.
- A folios 286 a 297, historia laboral.

Caso concreto

En el presente caso no se encuentra en discusión la calidad de pensionado del demandante sino la fecha de causación y exigibilidad de la pensión, los intereses moratorios y las costas señaladas en la sentencia de primera instancia. Lo anterior porque el demandante considera que la causación y exigibilidad de la pensión lo es a partir del 13 de marzo de 2017, fecha a partir de la cual se causan los intereses moratorios que se generan por el no reconocimiento y pago oportuno de la pensión.

Para resolver el problema jurídico, se debe señalar que el Régimen de Ahorro Individual es administrado por una entidad privada que escoge el afiliado y la pensión se obtiene con el fruto del ahorro individual que debe cumplir un monto determinado que permita la exigibilidad del derecho. El ahorro en la cuenta individual está integrado por cuatro componentes básicos: **(i)** las cotizaciones obligatorias, **(ii)** las cotizaciones voluntarias, **(iii)** los rendimientos financieros y **(iv)** el bono pensional (artículos 63, 64 y 68 de la Ley 100 de 1993).

Como se evidencia en el expediente, el actor era beneficiario de dos bonos pensionales tipo A, uno derivado de la prestación del servicio Militar emitido por el Ministerio de Defensa (fls. 273-274) y el segundo originado por el tiempo cotizado en el ISS, el cual fue expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fls. 260-266); las entidades emitieron, reconocieron y pagaron a la sociedad Colfondos S.A. la cuota parte del bono pensional; también se observa que el demandante nació el 13 de marzo de 1955, se afilió a la referida AFP el 16 de diciembre de 1999 (fl. 259) y para el 11 de octubre de 2017 el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual era de \$52.286.119 (fl. 29) y no de \$329.000.000 como se señala en las alegaciones.

Respecto de la discusión sobre la fecha a partir de la cual debe ser reconocida la pensión, en la medida en que el demandante considera que la pensión debe ser reconocida a partir del 13 de marzo de 2017, fecha para la cual contaba con 62 años de edad, y la demandada responde que para dicho momento el actor no contaba con el capital necesario para el reconocimiento de la pensión, ni para la data de presentación de la solicitud pensional el 21 de abril de 2017, dado que no se habían redimido los bonos pensionales, se debe tener en cuenta las normas que rigen en especial el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

De conformidad con el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 *“Los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta Ley, reajustado anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE. Para el cálculo de dicho monto se tendrá en cuenta el valor del bono pensional, cuando a éste hubiere lugar.”* Y con el artículo 67 *“Los afiliados que tengan derecho a recibir bonos pensionales, sólo podrán hacer efectivos dichos bonos, a partir de la fecha en la cual cumplan las edades para acceso a la pensión, previstas en el artículo 65 de la presente Ley”*.

De tal manera que en el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad los requisitos de semanas cotizadas y de edad no son necesarios para la causación y la exigibilidad del derecho pensional, salvo que se trate de la pensión originada en la garantía de pensión mínima que no es el caso presente.

Lo anterior porque para acceder a la pensión en el Régimen de Ahorro Individual solo se requiere que en la cuenta individual del afiliado se haya acumulado un capital superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de la ley reajustado anualmente, y se es exigible al reunirse el anterior requisito con la solicitud del peticionario y la escogencia de la modalidad de pensión a la que se vaya a acoger.

Es válido recordar que se requiere la petición del afiliado porque es a partir de allí que se realizan los trámites correspondientes para determinar si se cumple con el capital necesario para el reconocimiento de la pensión, el monto de la pensión y la escogencia de la modalidad de pensión como lo establece el artículo 79 de la Ley 100 de 1993, dado que es el afiliado quien debe determinar si opta por una pensión sometida o no a las fluctuaciones del mercado, y así lo ha reconocido la jurisprudencia de la H. Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, lo cual se puede constatar en la sentencia SL 2645-2017, radicación 72225.

A partir de los presupuestos normativos y jurisprudenciales antes citados se encuentra acreditado en el expediente que el actor para la fecha de solicitud de la pensión, abril 21 de 2017, no contaba con el capital suficiente y señalado en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, tal y como se constata a folio 29 del expediente, lo cual era necesario que se cumpliera y así lo ha señalado la jurisprudencia como se puede constatar en la sentencia SL5286-2019, radicación 71599.

En ese orden de ideas, se colige que para la fecha de petición inicial de la pensión de vejez el demandante no cumplía con el requisito señalado en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 y, en consecuencia, no hay lugar al reconocimiento de la pensión a partir del 13 de marzo de 2017, fecha de cumplimiento de 62 años de edad, como se pretende en el recurso de apelación de la parte demandante.

Respecto de las actuaciones dilatorias por la entidad demandada señaladas en el recurso de apelación y que daría lugar a aplicar el artículo 21 del Decreto 656 de 1994 para imponer una pensión provisional con cargo a los recursos de la demandada, es de anotar que en el proceso no se advierte dichas actuaciones en la medida que la demandada solicitó la emisión, liquidación y reconocimiento de los bonos pensionales dentro de la oportunidad legal a la entidad correspondiente, lo cual se advierte en los

diferentes escritos emitidos, al punto que la acción de tutela presentada por el accionante impuso a la demandada la obligación de responder los derechos de petición a partir del cumplimiento de las obligaciones por parte de la entidad obligada a emitir, liquidar y reconocer el bono pensional.

En ese orden de ideas, no habría lugar al reconocimiento de la pensión a partir del cumplimiento del requisito de capital acumulado, de no ser porque existía una orden judicial de responder los derechos de petición del actor referidos a la pensión de vejez una vez la entidad emisora del bono emitiera la respuesta, por lo que la demandada debió realizar el trámite correspondiente sin que fuera menester para el demandante presentar nuevamente documentos y para ello debía realizar el estudio correspondiente.

Por último, se debe señalar que esta decisión no debe afectar el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, por lo que el pago de dichas mesadas se debe realizar con cargo a los recursos de la demandada de conformidad con el artículo 21 del Decreto 656 de 1994.

Respecto de los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se constata en los elementos de prueba que en el trámite del reconocimiento de la pensión a partir de la fecha en que se cumplió con el monto del capital señalado en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 en la cuenta de ahorro individual, la entidad demandada no superó el término legal para el reconocimiento de la pensión, de tal manera que se llega a la misma conclusión de la juez de primera instancia de que no hay lugar a la condena de intereses moratorios.

En relación con las costas procesales, es de advertir que las mismas son a cargo de la parte vencida en juicio, de conformidad con el artículo 365 del CGP por lo que hay lugar a confirmar tal decisión de la sentencia de primera instancia, y respecto de la cuantía de las agencias en derecho estas solo podrán ser controvertidas al momento de emitirse el auto que apruebe la liquidación de conformidad con el artículo 366 del CGP por lo que un pronunciamiento sobre ese tema en este momento procesal es extemporáneo.

Dadas las anteriores consideraciones, se confirmará la decisión de primera instancia, pero se adicionará en el sentido de autorizar a la demandada a descontar el aporte correspondiente al Régimen de Seguridad Social en Salud, en la medida en que los pensionados se encuentran obligados a cotizar al sistema de conformidad con los artículos 157 y 203 de la Ley 100 de 1993.

COSTAS: no se impondrán en esta instancia, por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 14 de febrero de 2020, por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá en el sentido de autorizar a COLFONDOS a descontar del retroactivo el porcentaje correspondiente al aporte para el sistema de seguridad social en salud, por las razones expuestas.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida el 14 de febrero de 2020, por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá por las razones expuestas.

TERCERO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Original firmado)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

(Con impedimento)
HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

(Original firmado)
DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: INGRID PATRICIA GUTIERREZ CALAMAN

DEMANDADO: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 31 05 020 2019 00282 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de julio de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a decidir el recurso de apelación presentado por los apoderados de **PORVENIR y COLPENSIONES** contra la sentencia proferida el 12 de febrero de 2020 por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá y surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Demandada COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que Horizonte, hoy Porvenir, la asesoró equivocadamente para afiliarla a dicha entidad y trasladarla del ISS, hoy COLPENSIONES, omitió la obligación de asesorarla respecto de la posibilidad de trasladarse al Régimen de Prima Media, y que hay nulidad de la afiliación suscrita al RAIS. En consecuencia, se condene a Porvenir a trasladar a Colpensiones la afiliación de la demandante junto con los aportes, rendimientos para que sea Colpensiones la que defina la solicitud pensional; a Colpensiones a aceptar el traslado; el pago de costas procesales y agencias en derecho y lo que se encuentre probado ultra y extra petita.

Frente a esas pretensiones, COLPENSIONES se opuso en síntesis con el argumento de que el Sistema General de Pensiones busca proveer a sus afiliados la posibilidad de que a través de cualquiera de los regímenes en el dispuestos sean cobijadas las contingencias que puedan llegar a afectar sus condiciones de vida, siendo estas la vejez, invalidez y muerte; es por esto que el sistema ha dispuesto a sus afiliados distintas clases de regímenes para que de acuerdo a las condiciones propias decida acogerse al de su conveniencia, en virtud de la libertad de escogencia del régimen en materia pensional, de la cual gozó la demandante y aceptó directamente todas las condiciones que se encuentran inmersas en él, por lo que el desconocimiento de cualquier disposición frente a este no es argumento suficiente para alegar la nulidad del traslado entre regímenes.

Igualmente, la demandante se encuentra inmersa dentro la prohibición contemplada en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que determinó la posibilidad que el afiliado se traslade de régimen una vez cada cinco años, a partir de la selección anterior y por cuestiones financieras limitó este derecho cuando al afiliado le faltaren 10 años o menos para alcanzar la edad a pensión, salvo para los afiliados que tuvieran 15 años cotizados a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones.

Presentó como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia del consentimiento, buena fe, prescripción e innominada o genérica. (fl. 56 a 67)

PORVENIR al contestar la demanda se opuso a las pretensiones en resumen con el argumento de que a la demandante se le brindó la asesoría pensional correspondiente frente al monto y requisitos para adquirir la pensión de vejez en el RAIS; se le informó dentro de la asesoría que el derecho a la pensión se va construyendo a lo largo de la vida laboral del asegurado, cumplió con las obligaciones de índole legal que se encontraban vigentes para la fecha.

La señora diligenció la solicitud del traslado al RAIS de forma libre, voluntaria, espontánea y sin presiones de ninguna naturaleza, situación que se corrobora con la firma de la demandante en el formulario, por lo cual es improcedente la solicitud por no encontrar vicio alguno en el consentimiento.

Formuló como excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, innominada o genérica. (Fl 98 a 106)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 12 de febrero de 2020, declaró la nulidad y/o ineficacia de la afiliación o traslado de régimen pensional de Régimen de Prima Media realizada el 16 de agosto de 1996. Declaró como aseguradora para riesgos de invalidez, vejez y muerte a Colpensiones. Ordenó a Porvenir a devolver la totalidad de aportes girados por concepto de cotizaciones a pensiones junto con sus rendimientos financieros causados con destino a Colpensiones y los bonos pensionales si los hubiese. Condenó en costas y agencias en derecho a las demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente y sobre los siguientes puntos:

PORVENIR

En síntesis, expresa que la vinculación de la demandante al RAIS cumple con lo establecido en el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, que el fondo asesoró a la demandante como ella lo indicó en el interrogatorio y que no existía obligación de guardar documento alguno con la información que le había sido otorgada, de tal manera que no se acredita nulidad ni ineficacia del acto de traslado de régimen. Subsidiariamente, en caso de existir una causal de nulidad la misma es relativa y fue saneada por la ratificación de la demandante.

COLPENSIONES

Sustenta el recurso con el argumento de que la nulidad contraría lo estatuido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los principios de eficiencia y equidad del sistema, generando desfinanciación de este; aunado a que se acredita que la demandante contó con plena autonomía para suscribir el acto de traslado.

ALEGACIONES

PORVENIR

Señala en su escrito que la entidad cumplió con la norma respecto del formulario de afiliación por no que es dable restarle valor probatorio y menos desconocerlo.

Respecto a las proyecciones, señaló que no era un requisito para la fecha en que la demandante se trasladó de régimen, año 1996.

Que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal que establece la Ley 797 de 2003, norma que fue sometida a control previo, y la Corte Constitucional la declaró exequible. Finalmente, solicita se revoque la sentencia de primera instancia.

COLPENSIONES

Solicita revocar la sentencia de primera instancia con el argumento de que para el momento en que la demandante solicitó el traslado se encontraba en la prohibición legal que preceptúa el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Con la nulidad se produciría una descapitalización del régimen porque la demandante no ha sido tomada en cuenta para el cálculo de la reserva actuarial. Solicita no ser condenada en costas y agencias en derecho.

Subsidiariamente, solicita en caso de confirmarse la sentencia de primera instancia que la actuación de COLPENSIONES debe estar sujeta a la condición previa de que PORVENIR normalice la afiliación en el sistema de información de administradoras de Fondos de Pensiones, la devolución de los aportes con la respectiva entrega de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración perteneciente a la cuenta individual de la actora.

Presenta poder de sustitución. Por tal razón se reconoce personería para actuar a la dra. LAURA ROCÍO MARTÍNEZ LIZARAZO, identificada con la C.C. 33.368.799 y T.P. 280.323 del C.S.J.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la nulidad y/ o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, se debe ordenar el traslado al régimen de prima media.

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 21, cédula de ciudadanía.
- A folios 28 vto. a 29, 114-115 bono pensional.
- A folios 30 a 34 y 109 a 113, historia laboral expedida por Porvenir.
- Comunicaciones.
- A folio 35, 107 vto, formulario de traslado del agosto de 1996.

- A folio 69 a 74, historia laboral y expediente administrativo en medio magnético.
- A folio 107, historial de afiliación expedida por Asofondos.
- A folio 118, comunicación sobre encontrarse próxima a cumplir 47 años de edad.
- A folio 135, interrogatorio de parte de la demandante

Caso Concreto

La sentencia de primera instancia es cuestionada por los recurrentes en primer lugar porque afecta el régimen de prima media al ser contraria a los principios de eficiencia y equidad al vulnerar los límites consagrados en el artículo 13 de la ley 100 de 1993, y en segundo lugar, porque a la demandante se le dio asesoría sobre los aspectos de los regímenes en los términos señalados en la normativa vigente que no imponía la obligación de conservar archivos escritos de la misma y cumpliendo los preceptos de la Ley 100 de 1993.

Adicionalmente, respecto de la sentencia se debe surtir el grado jurisdiccional de consulta en virtud del artículo 69 del CPTYSS, a favor de la demandada COLPENSIONES.

Para resolver el problema jurídico, lo primero que se observa de las pruebas obrantes en el proceso es que la demandante a la edad de 28 años se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual (fl. 21 y 107vto) cuando había cotizado al sistema 392,86 semanas (fls. 69), que no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen ya que no contaba con 50 años de edad ni se acredita que gozara de una pensión de invalidez, aunado a que suscribió la solicitud de vinculación al RAIS de manera libre, espontánea y sin presiones, tal como se dejó constancia en el mismo formulario (fl. 107 vto) y lo reconoce en la exposición en el interrogatorio de parte.

Si bien la jurisprudencia reiterada de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el formulario no es prueba del consentimiento informado, (SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras), es de anotar que la misma jurisprudencia indica que dicho formulario acredita el consentimiento, esto es, no prueba la información otorgada, pero si prueba a lo sumo el consentimiento de la demandante al momento de perfeccionar el acto del traslado.

Los anteriores hechos probados permiten colegir que el traslado del régimen de prima media al régimen de Ahorro individual cumple con los requisitos

señalados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 que son de validez de conformidad con el mismo artículo, norma que permitía que la manifestación de voluntad se realizara en formatos preimpresos, aunado a que cumple con las normas vigentes para la fecha de traslado, esto es, la manifestación que la selección la efectuó en forma libre, espontánea y sin presiones, como se constata en el formulario, sin que se pruebe alguna razón para que el fondo negara la solicitud de traslado ya que de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994 a estas entidades les está vedado rechazar una petición cuando la persona cumple los requisitos para tal fin.

El recurso de apelación argumenta que con la nulidad del acto de traslado de régimen se vulnera los principios de eficiencia y equidad al no aplicar el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Respecto de dicha aseveración se debe señalar que la Corte Constitucional en diversas sentencias ha reiterado que “... *los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos - se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables*” (Sentencia C-401/16). Es por ello, que esas diferencias hacen que el traslado entre regímenes tenga un plazo límite de permanencia en cada entidad para garantizar la sostenibilidad de cada régimen.

También la Corte Constitucional en otras sentencias ha indicado, entre ellas, en la sentencia C-083/19, que “*el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.*”

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que

recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional^[30], y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación^[31], de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

En la sentencia C-1024 de 2004 cuando la Corte Constitucional analizó la exequibilidad del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993, expuso lo siguiente: “*el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones,...*” y “*el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.*

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional,...”.

En ese orden de ideas, al aplicar la jurisprudencia constitucional al presente caso se encuentra que efectivamente declarar la nulidad o ineficacia del acto

de traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual vulnera los principios constitucionales de equidad, solidaridad y de sostenibilidad financiera del régimen de Prima Media contemplados en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 1 de 2005, porque esta decisión permite el retorno de una persona al Régimen de Prima Media dentro del periodo de carencia señalado por la Ley para evitar la desfinanciación de los regímenes.

Y ello es así porque al ser los regímenes de Prima Media y de Ahorro Individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil al otro porque quienes en el régimen de prima media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores que se hayan generado durante la vida laboral de la persona porque no cumple con el principio de solidaridad intra e intergeneracional como se deduce de la norma que solo permite el retorno al Régimen de Prima Media de las personas que hubieren cotizado 15 años o más antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, porque con ello contribuyeron un amplio periodo a la solidaridad mencionada.

Las anteriores razones serían suficientes para revocar la sentencia, pero dado que la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha reiterado en varias sentencias la nulidad o ineficacia del acto de traslado de régimen por vulneración al deber de información, se revisará en el presente caso si se dan esos presupuestos jurisprudenciales.

El formulario allegado al expediente se encuentra suscrito por la demandante, y la firma del formulario es una manifestación del consentimiento emitido por la demandante y de conformidad con el artículo 1502 del C.C. esa manifestación de voluntad no se debe encontrar afectada de vicios.

La demanda sustenta la nulidad del acto del traslado con la consideración de que al momento del traslado la demandada no realizó la asesoría correspondiente a los puntos señalados en los hechos de la demanda, por lo cual existió un engaño por la promesa de un mayor beneficio pensional.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral sobre la materia indica que la carga de la prueba sobre la información otorgada al vinculado es de responsabilidad del fondo de pensiones y que el deber de información del fondo se debe valorar de conformidad con el momento histórico en que debía cumplirse, cuando expone “*los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse*” (sentencia proferida en el radicado 68838).

De tal manera que al aplicar el reiterado precedente de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral sobre la carga de la prueba que se encuentra bajo la responsabilidad del fondo de pensiones, se verifica con los elementos de prueba que obran en el proceso analizados bajo los criterios del artículo 61 del CPTYSS y el principio de la comunidad de la prueba que el fondo entregó asesoría a la demandante.

Ello porque es la misma demandante la que expone en el interrogatorio que recibió asesoría en una reunión grupal, en donde el asesor con ayuda un video beam expuso sobre el tema, dio a conocer al fondo privado, no realizó preguntas y lo que recordó sobre lo expuesto en la reunión fue que el seguro social iba a desaparecer y que el dinero en el seguro social se perdería, por lo que aseguraban que con el tema del fondo privado les garantizaban que el dinero estaría allí, les afirmaron que el tema pensional era mayor frente al seguro social y que al momento de pensionarse podía elegir la opción de pensionarse o retirar el dinero de la pensión e invertirlo como a bien tuviera.

Durante su permanencia en el fondo solicitó información sobre el bono pensional por el temor de que se perdiera ese tiempo, bajo la expectativa de que estaba vinculada al mejor fondo.

Adicionalmente, se constata que el fondo le remitió comunicación a la demandante advirtiéndole que al cumplir 47 años no podría trasladarse de Régimen (fl. 118), documento que no fue desconocido en el curso del proceso.

Ahora se debe señalar que para el momento del traslado no se había expedido la Ley 1328 de 2009 que consagra unos aspectos y formas particulares de entregar la información a los posibles afiliados, por lo que no es dable realizar una exigencia documental sobre la información específica y precisa entregada al interesado, máxime que dichas normas no prohibían la asesoría de forma verbal como le fue entregada a la demandante, y como se deduce de lo expuesto en el interrogatorio de parte rendido en el presente proceso.

Si bien la jurisprudencia señala que el formulario no es prueba de la información entregada al demandante, dicho consentimiento plasmado en el formulario unido con la exposición del interrogatorio sobre la reunión de la demandante con el asesor en la que se dio a conocer el fondo y el régimen que administraba se puede colegir que la exposición en esa asesoría le permitió a la demandante valorar y escoger el Régimen de Ahorro Individual como efectivamente lo hizo.

La demandante reconoce que suscribió el formulario de manera voluntaria y sin presiones como dejó constancia en él, y tampoco se advierte un engaño porque el hecho de que la mesada pensional no sea la que colme las expectativas de la demandante no genera un engaño ni un vicio del consentimiento.

Lo anterior, porque en ninguno de los regímenes se puede garantizar el monto que supere al valor del salario mínimo legal mensual vigente al finalizar la vida laboral de una persona o al causar o hacer exigible el derecho pensional porque se debe recordar que el valor de la mesada pensional depende de varios factores y del régimen en el que se encuentre vinculado el afiliado.

De tal manera que la causa señalada como factor de nulidad del acto jurídico del traslado no se constituye en una causal de vicio del consentimiento ni en una de ineficacia consagradas en los artículos 1508 del Código Civil o 271 de la Ley 100 de 1993.

Recuérdese que las causales de vicio que afectan el consentimiento son el error, la fuerza o el dolo, las que son descartadas con las pruebas que obran en el expediente, máxime cuando respecto de la fuerza y el dolo no se alegan en la demanda.

Respecto a la existencia de un error como vicio del consentimiento, es de anotar respecto del error de derecho que este se refiere según la definición doctrinal a "*a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto del negocio jurídico*"¹, y por expreso mandato del artículo 1509 del Código Civil, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento de quien lo presta.

Adicionalmente, sin desconocer la obligación legal de las entidades que administran los recursos pensionales de asesorar a los afiliados desde la vigencia de la Ley 100 de 1993, no se puede pasar por alto que todos los

¹ Cfr. FLOUR, Jacques et Jean-Luc AUBERT. *Les Obligations*. T. I. 6^e Ed. Paris, Armand Colin Editeur, 1994, Ps. 142-143.

aspectos que regulan el tema pensional se encuentran regulados en la ley, y si se tiene en cuenta que el desconocimiento de la ley no sirve de excusa de conformidad con el artículo 9 del Código Civil, que fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 651 de 1997, dicha falta de conocimiento no se puede invocar como pretexto para afectar de vicios el consentimiento, máxime cuando las consecuencias del traslado operan en virtud de la ley, al punto que así se señala en la aclaración de voto a la sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación 68852.

Respecto a que la ignorancia de la ley no es excusa, ya lo señaló la Corte Constitucional en sentencia C-401/16, cuando indicó que *“debido a que todo afiliado al régimen de prima media con prestación definida debe saber que requiere cotizar mínimo 1.300 semanas para tener derecho a una pensión de vejez -la ignorancia de ley no sirve de excusa-.”* Colpensiones no debía señalar en los reportes cuantas semanas le faltaban al afiliado para cumplir las exigidas para adquirir el derecho; y esto es relevante porque dicho artículo 9 de acuerdo a la jurisprudencia constitucional es un desarrollo del artículo 95 de la Constitución Política que consagra que todas las personas están obligadas a cumplir la constitución y las leyes.

De tal manera que se descarta en el presente caso la existencia de un error de derecho.

En relación con el error de hecho, por el engaño en que aduce fue inducida, se recuerda que este se configura cuando el consentimiento recae sobre la especie de un acto o contrato que se ejecuta, y en el presente caso, se observa que la demandante aceptó en el interrogatorio que suscribió de manera libre, voluntaria y sin presiones la solicitud de traslado de régimen en un formulario, el cual las normas que regulan la materia permiten que sea preimpreso, y en el se señala el traslado de régimen del ISS y la escogencia del fondo Horizonte hoy Porvenir para administrar sus aportes pensionales y fue diligenciado por la demandante, con lo cual se desvirtúa la existencia de dicho error.

En ese orden de ideas, al valorarse los diferentes elementos que obran en el proceso desde el principio de comunidad de la prueba, el comportamiento de las partes, y teniendo en cuenta el marco normativo aplicable al momento del traslado, se colige que en el presente caso no se dan los supuestos legales ni jurisprudenciales para declarar la nulidad del acto de traslado al régimen de ahorro individual, por lo que hay lugar a **revocar** la sentencia de primera instancia.

COSTAS: no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 12 de febrero de 2020 por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de las pretensiones incoadas por la señora **INGRID PATRICIA GUTIERREZ CALAMAN**, identificada con la C.C. 51.874.568.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia, las de primera a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Original firmado)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

(Original firmado)

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado

(Salvamento de voto)

(Original firmado)

DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: LUZ MIRYAM RODRIGUEZ VEGA

DEMANDADO: SEGUROS DE RIESGOS LABORALES SURAMERICANA S.A
ARL SURA - PERSONAL TEMPORAL COLOMBIANO-PERTEMCO S.A.S-
OLEODUCTO DEL NORTE DE COLOMBIA S.A.S. y ECOPETROL

RADICADO: 11001 31 05 018 2016 00336 03

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de julio de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a decidir el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida el 28 de febrero de 2020 por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare que Ecopetrol y Oleoducto del Norte De Colombia SAS fueron los verdaderos empleadores del contrato verbal que celebró el señor Jaime Darwing López Sayas con Pertemco SAS, el 19 de junio de 2013.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó que se condene solidariamente a las demandadas a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente, en cuantía igual a la que corresponde a un operario soldador de oleoductos o su equivalente funcional según la

convención colectiva celebrada entre el sindicato de Ecopetrol y Ecopetrol a partir del 9 de julio de 2013; las diferencias pensionales que se causen, los intereses moratorios, lo ultra y extra petita, las costas, gastos y agencias en derecho (f° 5 - 6).

Para fundamentar sus peticiones informó que como compañera permanente convivió con el causante desde el 14 de mayo de 1981 hasta el 9 de julio de 2013 y que el mediante conciliación extrajudicial en derecho celebrada el 24 de agosto de 2013, concilió con los herederos de Jaime Darwing la existencia de la unión marital de hecho, misma que se extinguió el 9 de julio de ese mismo año, con ocasión de la muerte de su compañero.

Adujo que, Jaime Darwing López Sayas celebró contrato de trabajo verbal con Personal Temporal Colombiano-Pertemco SAS, para prestar servicios de reparación y mantenimiento del oleoducto que transportaba los hidrocarburos de Ecopetrol.

Agrego que, Pertemco obró como simple intermediaria dado que su compañero en realidad prestó servicios para Oleoducto del Norte en beneficio de Ecopetrol.

Indicó que López Sayas falleció trágicamente el 9 de julio de 2013, cuando se transportaba en helicóptero a reparar un ducto en el municipio de Teorama, Norte de Santander. (f° 6-9 y 142-145)

Frente a esas pretensiones, SEGUROS DE RIESGOS LABORALES SURAMERICA S.A. se opuso a las pretensiones con sustento en que existe conflicto entre de beneficiarias, ya que la señora Kelly Johana Barreto Villada también está reclamando la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente. La pensión fue liquidada sobre el IBC percibido por el causante y efectivamente cotizado en los sistemas de seguridad social. Presentó como excepciones de fondo las de inexistencia de las obligaciones, buena fe, cobro de lo no debido, prescripción, y compensación y como previa la de falta de integración de litisconsorcio necesario con Kelly Johanna Barreto Villada (fls.186 -208, 261 – 268 y 442 -445)

Respecto de dichas pretensiones, la demandada PERTEMCO SAS, también se opuso con sustento en que fue la verdadera empleadora del señor Jaime Darwing López Sayas, más allá de que éste quedara a disposición de la empresa usuaria Oleoducto Del Norte De Colombia SAS. El causante nunca fue a prestar servicios a Ecopetrol. Presentó como excepciones de mérito las envío del señor Jaime Darwing López Sayas (q.e.p.d) como trabajador en

misión a Oleoducto Del Norte De Colombia S.A.S. como empresa usuaria, pago del salario convenido al tenor de lo establecido en el artículo 132 del C.S.T, afiliación del señor Jaime Darwing López Sayas (q.e.p.d) al sistema integral de seguridad social, afiliación del señor Jaime Darwing López Sayas (q.e.p.d) al sistema general de riesgos profesionales, prestaciones económicas a cargo del sistema general de riesgos laborales, falta de prueba, inexistencia de las obligaciones que se demandan y la genérica. (fls.297 - 301 y 435-436)

En cuanto a esas pretensiones, la demandada ECOPETROL se opuso a las pretensiones con sustento en que el señor Jaime Darwing López Sayas (q.e.p.d) no estuvo vinculado a Ecopetrol S.A. en la fecha en que, según las afirmaciones de la demandante, se presentó un accidente aéreo en el cual perdió la vida. Presentó como excepciones de fondo inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe, y como previa la de falta de jurisdicción y competencia y prescripción. (fls. 353-358 y 361 -362)

El A-quo, mediante auto del 25 de mayo de 2017 tuvo por no contestada la demanda a la sociedad Oleoducto Del Norte De Colombia SAS. (fl.359)

OTRAS ACTUACIONES

El juzgado a través de auto del calendado el 11 de septiembre de 2017, vinculó a Kelly Johana Barreto Villada y Darwin Andrés López Barreto en calidad de Litis consorcio necesario y declaró probada la excepción de falta de jurisdicción y competencia por falta de reclamación administrativa frente a la demandada ECOPETROL. (fls. 463 - 465)

Los Litis consorcio necesarios KELLY JOHANA BARRETO VILLADA y DARWIN ANDRES LOPEZ BARRETO solicitaron el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas a las que tienen derecho en calidad de compañera permanente e hijo del señor Jaime Darwin López Sayas.

Se opuso a las pretensiones de la demandante con sustento en que el Juzgado 3 Promiscuo de Familia de Barrancabermeja, mediante sentencia del 13 de julio de 2017, declaró la existencia de la unión marital de hecho entre ella y el causante Jaime Darwin López Sayas (fls. 491-494).

Esta Sala del Tribunal Superior de Bogotá, mediante auto del 5 de diciembre de 2018 ordenó al juzgado de conocimiento que integrara al proceso como litisconsorcio necesario a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES. (fls. 714 - 715)

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, con sustento en que, en el caso de presentarse discusión entre los presuntos beneficiarios, la administradora de pensiones debe abstenerse de resolver derecho alguno, ya que dicho conflicto de intereses debe ser dirimido por la jurisdicción ordinaria laboral. Propuso como excepciones las que denominó como inexistencia de la obligación y cobro de no debido, prescripción, innominada y buena fe. (fls. 722-732)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 28 de febrero de 2020, absolvió a las demandadas de las pretensiones y condenó en costas a la parte actora.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante inconforme con la decisión de primer grado solicitó se revoque la misma, por considerar que i) se acreditó que el verdadero empleador del causante fue Oleoducto Del Norte, ii) la demandante tiene derecho a la pensión de sobrevivientes y iii) la base salarial utilizada para calcular la cuantía de la pensión de sobrevivientes es inferior a lo realmente devengado por el trabajador fallecido.

ALEGACIONES

DEMANDANTE: expone que el señor López Sayas celebró contrato de trabajo con la empresa Pertemco SAS, con su salario de \$11.376.750, hechos que fueron aceptados por la demandada, que el juez ante la inasistencia de la demandada debió dar aplicación a la presunción de veracidad de los hechos, sin embargo, dada esa omisión los dejó fuera del análisis. Que se evidencia que los empleadores no fueron diligentes para velar por la salud del trabajador. Que se desconoce la convivencia entre el fallecido y la demandante.

SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A. Presentó escrito de alegaciones en el que solicita se confirme la sentencia de primera instancia porque no se acreditó la convivencia de la demandante con el afiliado fallecido durante el término exigido por la Ley 797 de 2003. Solicita se realice un pronunciamiento sobre la pensión que recibe la señora Kelly Barreto por el mismo riesgo la muerte del afiliado por parte de COLPENSIONES a pesar de

que la muerte no es de origen común sino profesional y por ello la está pagando la aseguradora. Presenta poder de sustitución.

COLPENSIONES Expone en el escrito de alegaciones que la demandante no demostró el término de cinco años mínimo de convivencia requerido por la Ley 797 de 2003, y solicita subsidiariamente que en caso de encontrarse acreditado el derecho no se condene en costas porque la entidad ha actuado de buena fe.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el presente caso la empresa de servicio temporales actuó como un empleador aparente e intermediario y el usuario, es decir, OLEODUCTO DEL NORTE, debe entenderse como el verdadero empleador del trabajador.

Establecer si la demandante tiene derecho a la pensión de sobrevivientes.

CONSIDERACIONES

DEL CONTRATO DE TRABAJO

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 18, registro civil de defunción que da cuenta que el señor Jaime Darwing López Sayas falleció el 9 de julio de 2013.
- A folio 87, conciliación extra judicial celebrada entre los herederos del causante.
- A folios 94 – 95, certificación laboral expedida por Ecopetrol.
- A folio 97-112 y 397-434, contrato celebrado entre Ecopetrol y Oleoducto del Norte de Colombia S.A.S, para el “*Servicio de Transporte de Hidrocarburos líquidos propiedad de ECOPETROL por el Oleoducto Rio Zulia-Miramonte y el Oleoducto Miramonte-Ayacucho*” y sus otros síes.
- A folios 113-124, informe final accidente de trabajo.
- A folio 217-219, informe visita domiciliaria a la demandante.
- A folio 227 y 244, certificación expedida por la ARL Sura relacionada con el reconocimiento de la pensión de origen laboral al menor Jorge Eduardo López Ramírez y Darwin Andrés López Barreto.
- A folio 303-309, certificado de existencia y representación de Personal Temporal Colombiano S.A.S-Pertemco S.A.S.
- A folio 310 -314, contrato de prestación de servicios temporales celebrado entre Pertemco y Oleoducto del Norte de Colombia S.A.S.

- A folio 324- 327, reportes de afiliación a seguridad social por parte de la empresa Pertemco.
- A folio 328-333, informe accidente de trabajo y formato de investigación de incidentes y accidentes de trabajo.
- A folio 334, liquidación definitiva.
- A folios 343 -344, declaraciones extra juicio de la demandante y el causante.
- A folio 546-564, sentencia proferida por el Juzgado 3 Promiscuo de Familia de Barrancabermeja dentro del proceso de existencia de unión marital de hecho adelantado por Kelly Johana Barreto Villada, dentro del cual se hizo parte la demandante.
- A folio 516- 520, resolución GNR 293768 del 22 de agosto de 2014, por medio de la cual Colpensiones reconoce una pensión de sobrevivientes a Darwing Andrés López Barreto.
- A folio 521-525, resolución GNR 11674 del 15 de enero de 2012, a través de la cual Colpensiones niega la pensión de sobreviviente a la demandante y a la Litis consocio necesaria.
- A folio 578-583, escritura 1950 del 25 de octubre de 2012.
- A folios 694-696, acta de audiencia emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en la que se deja constancia que esa corporación modificó la decisión primigenia, en lo atinente a los extremos temporales, como quiera que declaró que la unión marital de la demandante y su compañero se desplegó desde el 14 de mayo de 1981 hasta el mes de diciembre de 2010.
- A folio 744-756, auto AC2677-2019 por medio del cual la CSJ sala de Casación Civil declaró inadmisibles las demandas de casación formadas por la actora y los herederos del causante.
- Interrogatorio a la parte demandante.

Marco Normativo y Jurisprudencial

- Artículos 71, 74 y 77 de la Ley 50 de 1990, que consagran el objeto de las empresas de servicios temporales, los tipos de trabajadores vinculados a éstas, el empleador de los trabajadores en misión y los casos en los cuales procede la aplicación de éste tipo de relación laboral.
- Artículo 2° Decreto 503 de 1998 que proscribe la contratación de los trabajadores en misión por un período mayor a un (1) año.
- Artículo 35-2 del Código Sustantivo del Trabajo, que se refiere a los intermediarios como representantes del patrono.
- Los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que modificaron los artículos 47 y 48 de la ley 100 de 1993, respectivamente, establecen

cuales son los requisitos y quienes son los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes.

- Sentencia SL3520-2018-Radicación n.º 69399 del 15 agosto de 2018, sobre empresas de servicios temporales.
- Sentencia SL 828-2013, radicación 43446.
- SL11903 con radicación 54716 del 9 de agosto de 2017 y SL11911 con radicación 50096 del 9 de agosto de 2017.
- sentencia CSJ, SL51949 -2017

Caso concreto

Previo a abordar la controversia planeada, debe recordarse que las empresas de servicios temporales se encargan de celebrar con otras empresas usuarias, un contrato de prestación de servicios para el suministro de trabajadores en misión, pero sólo para los casos establecidos en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, es decir, para labores ocasionales, accidentales o transitorias; para el remplazo de personal en vacaciones, en uso de licencia y en incapacidad por enfermedad o maternidad; y para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios por un término de seis meses, prorrogables por seis meses más.

Según lo anterior, las empresas usuarias solamente pueden hacer uso de los trabajadores en misión, para los casos taxativamente señalados y con una temporalidad determinada -6 meses prorrogables por otros 6 meses-. Respecto de la cual una vez vencida si la empresa usuaria requiere continuar con los servicios del trabajador en misión, debe contratarlo directamente, y de no hacerlo, ésta pasa a ser la verdadera empleadora y la EST una simple intermediaria.

También es importante advertir que las empresas de servicios temporales deben encontrarse constituidas como personas jurídicas y contar con la aprobación del Ministerio del Trabajo, con el objeto social único previsto en el artículo 71 de la Ley 50 de 1990.

Según los lineamientos precedentes, las empresas de servicios temporales fungen como verdaderas empleadoras, con las respectivas obligaciones patronales que la ley les impone, esto es, pago de salario prestaciones sociales, afiliación al sistema de seguridad social en pensiones, salud y riesgos profesionales, así como la afiliación a cajas de compensación, familiar. No obstante, las empresas usuarias ejercen la subordinación jurídica obrando como representante directo del patrono.

Conforme a los parámetros normativos anotados y el análisis efectuado al material probatorio, se encuentran probados los siguientes aspectos:

- i) la empresa Pertemco confesó que sostuvo con el señor Jaime Darwing López Sayas (q.e.p.d) una vinculación de carácter verbal desde el 19 de junio de 2019 hasta el 19 de julio de ese mismo año.
- ii) Dicha empresa de servicios temporales, a su vez, celebró con Oleoducto De Norte Colombia S.A.S, un contrato de prestación de servicios para el suministro de personal (fls. 310 -314), y en virtud de esa contratación el trabajador fue enviado en misión.
- iii) De la contestación de la demanda realizada por Pertemco, al igual que del informe final del accidente y del formato de investigación de accidente de trabajo, se establece que el señor López (q.e.p.d) fue contratado de manera urgente para ser enviado a reparar el oleoducto ubicado en la vereda San Pablo, municipio de Teorema, que en días pasados había sido objeto de una voladura por agentes al margen de la ley, de donde se colige que la contratación del causante fue para realizar una labor transitoria, premisa que se enmarca dentro de las hipótesis previstas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990. (fls. 113 -124, 297-301 y 330-333), máxime cuando se observa que el señor Jaime Darwin no tuvo vinculaciones anteriores a aquella, con la empresa Pertemco.
- iv) La empresa de servicios temporales fue quien realizó los pagos de salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad social al causante, al punto que la ARL a la que se encontraba afiliado reconoció y pagó una pensión de sobrevivientes de origen profesional.
- v) Por otra parte, frente al objeto contractual que llevara a la demandada a suscribir el contrato de prestación de servicios y de contera a vincular personal bajo los lineamientos establecidos en la Ley 50 de 1990, encuentra esta Sala que en manera alguna se contraviene la norma estatuida para tal fin.
- vi) En lo que hace al indicio grave, es de anotar que esa sanción no implica una confesión ficta o presunta y para obtener una decisión favorable a los intereses de la parte actora, era necesaria la demostración de los supuestos fácticos que soportaron las pretensiones, situación que como ya se explicó, no ocurrió en el caso de autos.

Las anteriores consideraciones resultan suficientes para **confirmar** la sentencia de primera instancia en este punto.

Respecto de la pensión de sobrevivientes, se encuentra acreditado que la ARL accionada viene reconociendo a los menores Jorge Eduardo López Ramírez y Darwin Andrés López Barreto, la pensión de sobrevivientes de origen profesional con ocasión del fallecimiento de su señor padre, JAIME DARWING LOPEZ SAYAS.

Para ese efecto artículo 11 de la Ley 776 de 2002, dispone: MUERTE DEL AFILIADO O DEL PENSIONADO POR RIESGOS PROFESIONALES. *“si como consecuencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional sobreviene la muerte del afiliado, o muere un pensionado por riesgos profesionales, tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes las personas descritas en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, y su reglamentario”.*

De otro lado, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha señalado reiteradamente que en materia de pensión de sobrevivientes la norma aplicable es la vigente al momento de producirse el deceso del afiliado, ejemplo de ello, es la sentencia SL 828-2013, Radicación 43446, y como en el caso bajo examen el pensionado falleció el 9 de julio de 2013, respecto de los beneficiarios la disposición aplicable es la Ley 797 de 2003, artículos 12 y 13.

Igualmente, ha señalado que en tratándose del compañero permanente, la convivencia debe verificarse dentro de los 5 años inmediatamente anteriores al deceso del causante. (Sentencia con Radicación 45779 del 25 de abril 2018, -SL1399-2018, reitera la sentencia CSJ SL680-2013, reiterada en SL1067-2014).

Dilucidado lo anterior, le corresponde a la Sala determinar si la demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

Para acreditar su tesis, la parte actora trajo como único elemento de prueba la copia de una conciliación extra judicial celebrada el 24 de agosto de 2013 entre Andrea Patricia, Raquel Aminta, Myriam Elisa y Jaime Aurelio López Rodríguez, herederos del causante, quienes estuvieron de acuerdo con declarar la existencia de una unión marital de hecho entre Jaime Darwing López Sayas y Luz Miryam Rodríguez Vega desde el 14 de mayo de 1981 hasta el 9 de julio de 2013. (fls. 87-89)

También se recibió el interrogatorio de parte la accionante quien afirmó que convivió con su compañero desde mayo de 1981 hasta el 9 de julio de 2013, calenda en la que falleció Jaime Darwing López Saya y que dicha convivencia solamente se vio interrumpida por cuestiones laborales.

Igualmente, se incorporó al proceso copia de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero (3°) Promiscuo de Familia de Barrancabermeja que en decisión adiada el 13 de julio de 2017 declaró en lo que interesa al presente asunto la existencia de la unión marital de hecho entre la demandante y el señor LOPEZ durante el periodo comprendido entre el 14 de mayo de 1981 hasta el 27 de enero de 2008. (fls. 546-564)

Ahora bien, según se lee del acta de audiencia emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, esa corporación modificó la decisión primigenia, en lo atinente a los extremos temporales, como quiera que declaró que la unión marital de la demandante y su compañero se desplegó desde el 14 de mayo de 1981 hasta el mes de diciembre de 2010. (fls. 694-696)

La señora Kelly Johanna Barreto Villada introdujo al debate probatorio copia de la escritura 1.980 del 25 de octubre de 2012, en la que se observa que la demandante, señora Rodríguez Vega procedió a corregir dicho acto público en el sentido de aclarar su estado civil, de casada a soltera, sin unión marital de hecho vigente. (fls. 578-579)

Finalmente, se incorporaron las actuaciones y pruebas recaudadas ante el Juzgado 3 Promiscuo de Familia de Barrancabermeja.

De las pruebas reseñadas anteriormente se colige que la decisión de primera instancia deberá ser confirmada debido a que la demandante no logró probar que convivió con el causante durante los 5 últimos años antes del fallecimiento de aquel porque la sentencia judicial que declaró la unión marital de hecho entre la demandante y el causante la fijó en el periodo comprendido entre el 14 de mayo de 1981 hasta diciembre de 2010.

Si bien la convivencia de una pareja se acredita por el devenir cotidiano de la vida de la pareja, es de anotar que en el presente caso no se encuentra medios de prueba que permitan inferir que esa convivencia se extendió más allá del diciembre de 2010 y hasta la fecha de la muerte del causante, que diera lugar a indicar mediante actos inequívocos de conformar una verdadera familia, unida por lazos de solidaridad, socorro y apoyo mutuo, que se verificó por un periodo adicional a la declaratoria judicial previa de la unión marital de hecho.

Sin que ese medio probatorio lo constituya la conciliación extrajudicial, porque al analizar dicho documento de conformidad con los artículos 60 y

61 del CPTYSS no generan el convencimiento sobre la existencia de dicha convivencia porque que se trata de una prueba en la que participaron la propia actora y sus hijos con el fin de propender a sus propios intereses, sin que para la emisión de dicho documento se hubiere citado a los demás beneficiarios, esto es, los menores Eduardo López Ramírez y Darwin Andrés López Barreto, de los cuales la demandante tenía conocimiento de su existencia.

Ahora bien, el interrogatorio de parte de la demandante tampoco resulta suficiente para que sus pretensiones prosperen, pues *“bien es sabido que, en términos de lógica y de derecho, ninguna de las partes puede elaborar su propia prueba, salvo las precisas y taxativas excepciones previstas por el legislador”* (sentencia CSJ, SL51949 -2017).

Sobre el particular, cabe recordar que el objetivo del interrogatorio de parte consiste en obtener de la contraparte algún tipo de confesión, esto es, aquella que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria, de suerte que las propias declaraciones de la demandante no pueden, por si mismas, invocarse en su favor, máxime cuando no aportó prueba testimonial con la que pudiera reforzar su dicho.

El restante material probatorio, consistente en las pruebas que se recaudaron en el proceso que cursó en el juzgado de familia, lo que consiguen es reafirmar que la demandante no convivió con el señor LOPEZ SAYA hasta el momento de la muerte, y no ofrecen suficiente grado de certeza en punto de la convivencia de la pareja en los últimos 5 años, previos a la muerte, sumado al hecho de que dichas instrumentales no fueron aportadas por la demandante, en procura de corroborar su tesis.

Nótese a manera de ejemplo, como la demandante solamente fue beneficiaria de salud del afiliado en septiembre de 2006, situación que causa extrañeza si se tiene en cuenta que la accionante afirmó depender económicamente de su compañero y dedicarse a la crianza de los hijos.

Véase también como la señora RODRIGUEZ VELA en el año 2012, procedió a corregir la escritura 1.950, en el sentido de precisar que su estado civil no era casada con sociedad conyugal vigente, sino *“soltera sin unión marital de hecho vigente”* (fº 578-579), actuación que a juicio de esta Corporación señala que no tenía compañero permanente para dicha fecha.

Ahora bien, la declaración extra juicio que milita a folio 628 tampoco permite inferir la convivencia hasta el fallecimiento del pensionado porque fue emitida en el año 2002.

En conclusión, se considera que con el material probatorio recaudado en estas diligencias, la demandante no logró probar que convivió causante hasta el momento del fallecimiento, y por ello la Sala tendrá como cierto, que dicha convivencia se extendió hasta diciembre de 2010, como en su momento lo concluyó el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, dado que no existe en el plenario medio de convicción alguno que demuestre ese requisito con posterioridad a esa calenda.

De otra parte, se debe precisar que la sentencia SL16949 a la que se hace referencia en la alzada, no puede servir para resolver la controversia planteada, como quiera que los supuestos allí considerados difieren de los que ahora se analizan, ello, por cuanto quien solicitaba en otrora proceso la pensión de sobrevivientes lo hacía en calidad de cónyuge supérstite con vínculo matrimonial vigente y separada de hecho, a quien se le exige que el cumplimiento de 5 años que prevé la norma no, necesariamente, deben cumplirse con anterioridad al momento del fallecimiento, premisa que en el presente caso no se concreta en la medida que la demandante pretende la prestación de sobrevivientes en su condición de compañera permanente, a quien conforme a la amplia jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se le exige la convivencia con el causante por un lapso igual o mayor de cinco años anteriores al deceso.

A idéntica conclusión se llega respecto de la tutela T-245 de 2017, toda vez que en dicha sentencia la Corte constitucional de manera alguna exime a la compañera de acreditar el requisito de convivencia mínima de cinco (5) años previos a la muerte del causante, empero acepta que la convivencia entre los cónyuges o compañeros no desaparece por la sola ausencia física de alguno de los dos, siempre y cuando medien motivos justificables para dicha separación, presupuesto que tampoco concurre en el asunto bajo análisis, como quiera que lo que aquí quedó probado fue que la demandante convivió con el causante hasta diciembre de 2010.

En esa dirección, se concluye que Luz Miryam Rodríguez Vega no demostró haber convivido con el afiliado durante los 5 años anteriores al deceso, requisito indispensable para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes deprecada, lo que impone que se confirme la sentencia de primera instancia.

Finalmente, en lo que tiene que ver con el recurso de apelación relacionado con la inconsistencia de la base salarial tenida en cuenta para efectos de cotizar al sistema de seguridad social, es de anotar, que este es un aspecto que no fue solicitado en la demanda, ni fue sometido a discusión a lo largo de la primera instancia, al punto, que dicho pedimento tampoco se tuvo en cuenta al momento de fijar el litigio, decisión no fue objeto de reproche por la parte demandante, sumado a que las facultades extra y ultra petita, solamente están en cabeza de los jueces de única y primera instancia, de suerte que ninguna consideración adicional podrá realizarse al respecto.

Respecto de las alegaciones sobre un pronunciamiento por la existencia de dos pensiones que cubren el mismo riesgo, esto es, la muerte cuyo origen es profesional como se acredita en el proceso y no común, y que por ello no le corresponde a COLPENSIONES realizar dicho pago, es de anotar que efectivamente se ordenó la vinculación al proceso porque se debía definir de manera igual para las entidades del sistema el origen de la muerte del causante y determinar a cargo de que administradora estaba la responsabilidad de pagar la pensión de sobrevivientes.

En el presente proceso se acreditó por los informes del accidente ocurrido que el señor Jaime Darwing Lopez Sayas perdió la vida y que fue como consecuencia de un accidente de trabajo, de tal manera que la pensión de sobrevivientes se encuentra a cargo de la ARL y no de COLPENSIONES dado que de conformidad con el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, la pensión de sobrevivientes a cargo de esta entidad corresponde a la que tiene origen común.

De tal manera que le corresponde a COLPENSIONES aplicar el artículo 19 de la Ley 797 de 2003, esto es, revisar si hay lugar a realizar las acciones tendientes a revocar los actos administrativos que ordenaron el reconocimiento y pago de una pensión de manera irregular al cubrir una contingencia que no es de origen común, en la medida que el origen de la muerte que causa la prestación se calificó como de origen profesional, por lo que se adicionara la sentencia en el sentido de exhortar a COLPENSIONES a dar cumplimiento al artículo en mención y se confirmara en lo demás.

COSTAS: no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: RECONOCER personería para actuar al dra. NUBIA YASMIN OROZCO ARENAS identificada con la C.C. 52.108.371 y T.P. 165.270 en representación de la Compañía de Seguros de Vida Suramericana S.A.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia proferida el 28 de febrero de 2020 por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá en el sentido de **EXHORTAR** a COLPENSIONES a aplicar el artículo 19 de la Ley 797 de 2003, por las razones expuestas.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de febrero de 2020 por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

CUARTO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Original firmado)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

(Original firmado)

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado

(Original firmado)

DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: NIDIA LUCENY CABALLERO MONTTOYA

DEMANDADO: COLPENSIONES Y PORVENIR

RADICADO: 11001 31 05 015 2018 00483 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de julio de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, a decidir el recurso de apelación presentado por el apoderado de **PORVENIR** contra la sentencia proferida el 20 de enero de 2020 por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad de la vinculación y de la afiliación en pensión al FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., realizada el 18 de junio de 1999, y, como consecuencia de ello, condenar a dicho fondo a devolver con destino a COLPENSIONES el bono pensional, así como las cotizaciones recibidas, los rendimientos, la indexación e intereses de mora y las costas del proceso (fls. 2-10)

Frente a esas pretensiones, COLPENSIONES se opuso a todas las pretensiones, en razón a que el traslado realizado por la demandante a PORVENIR es plenamente válido. Presentó como excepciones de fondo las de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia de la obligación y declaratoria de otras excepciones. (f° 26 a 32)

PORVENIR se opuso a todas y cada una de ellas con sustento en que la información suministrada a la demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia. Presentó como excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica (fl°58 a 64).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 20 de enero de 2020, declaró nula o inválida la afiliación efectuada por la demandante el 18 de junio de 1999, ordenó a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES los recursos que obran en la cuenta de ahorro individual de la actora y a COLPENSIONES a recibir esos recursos, reactivar la afiliación y acreditar las semanas efectivamente cotizadas. Sin costas para las partes.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR presentó recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente, sobre los siguientes puntos:

El formulario de afiliación suscrito por la demandante lo fue de manera espontánea, libre y voluntaria sin que existiera ningún apremio. Se advierte confesión en el interrogatorio de parte rendido por la demandante ya que admitió que la AFP le suministró información, la cual no fue valorada, por lo que concluye como recurrente que cumplió con el deber de información.

ALEGACIONES

PARTE DEMANDANTE:

Expresa en las alegaciones que el legislador al regular el aspecto pensional, expidió la Ley 100 de 1993, por expresa disposición del artículo 151, para el caso que nos ocupa reguló la libertad de afiliación en el artículo 13 literal b), teniendo en cuenta el derecho de información y asesoría que debe recibir el afiliado, conforme el artículo 97 del decreto 663 de 1993 modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y 4 del decreto 656 de 1993.

La jurisprudencia ha sostenido que es viable y regreso automático de aquellos afiliados que han sido asaltados en su buena fe a través del engaño ya porque omiten dar la información al afiliado o porque la información

brindada no fue clara, precisa, suficiente y completa, como el caso que nos ocupa.

Reproduce apartes de sentencias proferidas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

PARTE DEMANDADA:

PORVENIR

Solicita revocar la sentencia de primera instancia, porque la parte demandante realizó el cambio de régimen en el año 1999 con la AFP PORVENIR de forma libre y voluntaria, brindándosele información oportuna y completa la cual entendió por cuanto es abogada de profesión, así mismo, resalta que no es beneficiaria del régimen de transición.

En el presente caso no es aplicable ni la nulidad ni la ineficacia del traslado porque en el presente caso no se alegaron las causales de nulidad absoluta o relativa ni se presentaron los vicios del consentimiento ni la causal de ineficacia señalada en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

El formulario de afiliación es un documento público que se presume auténtico, y la demandada cumplió con la normatividad vigente.

COLPENSIONES:

Presentado el escrito de alegaciones, manifiesta que no hay razón a que se declare la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, en razón a que la afiliación tiene plena validez y legalidad, puesto que no se probó por la demandante alguna de las causales, sino que por el contrario confesó que se afilió a esa entidad, por lo tanto, existió voluntad de trasladarse de régimen pensional.

Allegó poder de sustitución.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, se debe ordenar el traslado al régimen de prima media.

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 19, registro civil de nacimiento que da cuenta que la demandante nació el 18 de marzo 1964.
- A folio 11 -13, reclamación administrativa y respuesta.
- A folios 14 - 16, historia laboral consolidada.
- A folios 17-18, simulación pensional.
- A folio 32, expediente administrativo.
- A folio 66, solicitud de vinculación o traslado, 18 de junio de 1999.
- A folio 67-68, certificación SIAFP.
- A folios 69-73 y 75 - 76, resumen semanas cotizadas y bono pensional
- Interrogatorio a la parte demandante.
- Testimonios de Carmen Cubillos Perdomo, Sandra Lizcano y Nelson Arenas Usme.

Caso Concreto

Para resolver el recurso de apelación presentado por el FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., se revisan los diferentes elementos de prueba que obran en el proceso y de ellos se deducen los siguientes aspectos:

La demandante se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el 18 de junio de 1999 cuando contaba con 35 años de edad, y 12.71 semanas cotizadas al otrora ISS (fol. 100); no estaba incurso en las causales de exclusión señaladas en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993, por cuanto a la entrada en vigencia del sistema no tenía 50 años de edad ni se acredita que gozara de una pensión por invalidez; sumado a que diligenció el formulario de solicitud de vinculación a PORVENIR de manera voluntaria, tal como se desprende de dicho documento (fol. 66) y fue corroborado en la exposición del interrogatorio de parte rendido por la demandante y de los testigos.

Adicionalmente, está por fuera de debate que el formulario de solicitud de vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad lo suscribió de manera libre, espontánea y sin presiones, tal como se dejó constancia en dicho documento (fol. 66), el cual de conformidad con la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia contenida entre otras en las sentencias SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, si bien no acredita la información si “a lo sumo acredita el consentimiento”.

Las anteriores circunstancias permiten inferir que el acto del traslado al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió, y cumple con los presupuestos legales para su validez señalados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994,

norma que permitía que el trámite se realizara con documentos preimpresos, aunado a que no existían razones que dieran lugar a que fuera rechazada la solicitud de traslado a dicho régimen administrado por Porvenir ya que a esta entidad le está prohibido rechazar a una persona que cumple los requisitos para ser afiliada de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

En libelo introductorio se peticiona la nulidad del acto de traslado al considerar la demandante que el fondo no le dio información clara, precisa y suficiente para tomar la mejor decisión; el juez de primera instancia declaró la ineficacia del traslado por considerar que la demandada PORVENIR faltó a su deber de información; y en el recurso de apelación se reprocha la falta de valoración de la prueba, en especial, el interrogatorio de parte, con el cual se acredita que a la actora se le entregó la información que se aduce no le fue concedida.

Bajo ese panorama, al revisarse dicha prueba se puede observar que la demandante indicó de manera puntual cuales fueron los aspectos informados y las razones por las que se afilió al régimen de ahorro individual, entre ellas, manifestó que le llamó la atención que se podía pensionar de manera anticipada y que podía realizar aportes voluntarios, mismos que en la actualidad continúa realizando. Dicha información recibida permite determinar que realizó una valoración entre los dos regímenes y en virtud de su autonomía escogió al Régimen de Ahorro individual, mismo que en virtud de un esfuerzo personal, como, por ejemplo, la realización de aportes voluntarios le permitiría acceder a una mejor pensión.

Esas razones que valoró y dio lugar a su traslado de Régimen pensional descarta cualquier intención de permanecer en el Régimen de Prima Media al cual se encontraba afiliada, en la medida en que en este no es permitido ni la pensión anticipada ni realizar aportes adicionales para obtener una mejor mesada pensional, y, por el contrario, le era menester cumplir una mínima densidad de semanas y la edad establecida en la Ley 100 de 1993 y sus modificaciones.

Lo expuesto por la demandante en el interrogatorio se corrobora con lo manifestado por los señores SANDRA LIZCANO ARCHIPY, CARMEN CUBILLOS PERDOMO y NELSON ARENAS USME, en los sendos testimonios, quienes al unísono coinciden en afirmar que la reunión realizada por los asesores de PORVENIR en efecto ocurrió, la cual se adelantó en el lugar de trabajo, en la que se mencionaron entre otras ventajas de efectuar el cambio de régimen, la posibilidad de pensionarse anticipadamente.

Ahora en relación con el precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que se refiere al deber de información, se debe tener en cuenta que es el mismo precedente el que señala que “los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse” (sentencia proferida en el radicado 68838), que para este caso sería la vigente para el año 1999, por lo que se colige que con lo expuesto por la demandante en el interrogatorio se cumplió con la normatividad vigente para esa fecha.

En este punto, cabe precisar que para que prospere el traslado de régimen, si bien se debe suministrar la información suficiente y completa por parte de las Administradoras de Fondos de Pensiones, es también cierto que el afiliado no está exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional, máxime cuando como en este caso, la afiliada era una profesional del derecho quien no tiene la calidad de afiliada lega y debía conocer las leyes y las implicaciones de su decisión.

Aunado a que desde la vigencia de la Ley 100 de 1993 todos los aspectos que regulan el tema pensional se encuentran regulados en la ley, y que es norma de vieja data que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, (art. 9 del C.C. que fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 651 de 1997) y como se señala en la aclaración de voto a la sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación 68852, “...su ignorancia no puede invocarse como excusa para viciar el consentimiento”, máxime cuando las consecuencias del traslado operan en virtud de la ley.

De tal manera que no se observa que se den los presupuestos legales ni jurisprudenciales para declarar la ineficacia señalada en la sentencia de primera instancia, recuérdese que la demandante acepta en el interrogatorio que recibió información lo cual reafirma la constancia dejada en el recuadro voluntad de afiliación del formulario de vinculación a PORVENIR donde se comprometió a cumplir las condiciones elegidas, que si bien no es una prueba del consentimiento informado si se constituye en un indicio que se corrobora con lo expuesto en el interrogatorio de parte.

Las anteriores razones son suficientes para revocar la decisión de primera instancia, pero en gracia de discusión, también se observa que no se acredita la causal de ineficacia del acto de traslado señalada en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, porque no se demostró que persona alguna hubiese atentado contra el derecho de la demandante a seleccionar el régimen pensional, toda vez, que según se informó por los testigos y la

propia demandante, ella es la dueña de la empresa y fue quien permitió el ingreso de los asesores de PORVENIR al lugar de trabajo.

En este punto, se debe reiterar que la Sala no desconoce la obligación en cabeza de los fondos de pensiones de suministrar a los afiliados la información completa y veraz respecto a las condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad, lo que necesariamente debe analizarse en cada caso concreto, de acuerdo a las circunstancias particulares que lo rodean y con las pruebas debidamente incorporadas en el debate probatorio, para el caso de concreto, el interrogatorio, los testimonios y el formulario, de los que se logró deducir, aplicando los criterios de la sana crítica, al tenor de los artículos 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que el fondo cumplió con la obligación de otorgar la información, dando de esta manera cumplimiento al precedente judicial.

En otro giro, tampoco se acredita la existencia de vicios de consentimiento.

Respecto del error, es de anotar que existen dos modalidades, el de derecho y de hecho. Respecto del error de derecho, este se refiere según la definición doctrinal a *“a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto del negocio jurídico”*¹, y como este sería el que se configuraría por el desconocimiento sobre los derechos que se tiene en cada uno de los regímenes, por expreso mandato del artículo 1509 del Código Civil, este tipo de error no vicia el consentimiento de quien lo presta.

En relación con el error de hecho, contemplado en el artículo 1508 del Código Civil, se recuerda que este se configura cuando el consentimiento recae sobre la especie de un acto o contrato que se ejecuta diferente al que se pretendió, y en el presente caso, se observa que la demandante pretendió el traslado de régimen de pensiones y ello fue lo que acaeció. Lo cual se acredita con la solicitud que la actora suscribió de manera libre, espontánea y sin presiones para su vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en un formulario que las normas que regulan la materia permiten que sea preimpreso.

Ahora no se puede pasar por inadvertido que la inconformidad de la demandante que motivó la presentación de la demanda es el posible monto de la mesada pensional, lo cual no se constituye en una causal de nulidad o ineficacia del acto inicial de traslado o de su permanencia en el RAIS. Aunado a que el monto de la mesada pensional se determina al momento de hacer exigible la pensión o reunir los requisitos y no al momento de la vinculación a cualquiera de los fondos, porque en dicha oportunidad una

¹ Cfr. FLOUR, Jacques et Jean-Luc AUBERT. *Les Obligations*. T. I. 6^e Ed. Paris, Armand Colin Editeur, 1994, Ps. 142-143.

proyección de la mesada es simplemente una información que puede ser modificada por diversas variables como por ejemplo en el Régimen de Prima Media por los ingresos bases de cotización durante la vida laboral, la edad, y las semanas de cotización, y en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por los aportes, aportes voluntarios, bonos pensionales, rendimientos, edad de retiro que se escoja, etc.

Adicionalmente, no se puede perder de vista que la demandante pretende la nulidad del traslado porque el derecho de libre escogencia que no es absoluto se encuentra limitado por encontrarse dentro del término de los diez años anteriores al cumplimiento de la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión, lo que se constituye en una causal de prohibición al tenor del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 que fue declarada exequible porque permitir que personas que se encuentran ad portas de adquirir el derecho pensional retornen al régimen de prima media vulnera los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, como lo ha señalado la Corte Constitucional, entre otras, en las sentencias C-1024 de 2004, C-401/16 y C-083/19.

Por último, respecto del marco jurisprudencial citado por la parte demandante en el escrito de alegaciones, es de anotar que no se desconoce el mismo, en especial las últimas sentencias de tutela, entre ellas, SLT3201-2020 (58740), STL3186-2020 (57200), STL3200-2020 (57802), STL 3202-2020 (57444), en las que la mayoría de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia declaró la nulidad de sentencias emitidas en el tribunal mediante las cuales no se concedió la nulidad o ineficacia del acto de traslado del RPM al RAIS, es de anotar que en las mismas se declaró la nulidad porque se hizo referencia i) al régimen de transición, aspecto que en este proceso no se tiene en cuenta y ii) al formulario de afiliación, aspecto que en este proceso se tiene en cuenta como prueba del consentimiento e indicio sobre la reunión en la que acepta la demandante en el interrogatorio que recibió la asesoría.

En ese orden de ideas, al valorarse los diferentes elementos que obran en el proceso desde el principio de comunidad de la prueba, el marco normativo aplicable al momento del traslado como lo señala la jurisprudencia, se colige que en el presente caso no se dan los supuestos legales ni jurisprudenciales para declarar la ineficacia o la inexistencia o la nulidad del acto de traslado al régimen de ahorro individual, por lo que hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia.

COSTAS: no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: RECONOCER personería para actuar a la dra. MARÍA ELENA FIERRO GARCIA, identificada con la C.C. 1.024.463.217 y T.P. 291785 del C.S. de la J., en los términos en que le fue conferido el poder de sustitución como apoderada de COLPENSIONES.

SEGUNDO: REVOCAR la sentencia proferida el 20 de enero de 2020 por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de las pretensiones incoadas por la señora **NIDIA LUCENY CABALLERO HERNANDEZ**, identificada con la C.C. 20.714.560.

TERCERO: Sin costas en la presente instancia, las de primera a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Original firmado)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

(Original firmado)

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado

(Salvamento de voto)

(Original firmado)

DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: BLANCA PATRICIA PINZON RODRIGUEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 31 05 007 2018 00573 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de julio de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a decidir el recurso de apelación presentado por los apoderados de **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES** contra la sentencia proferida el 28 de febrero de 2020 por el Juzgado 07 Laboral del Circuito de Bogotá y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Demandada COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende la ineficacia del traslado en pensiones realizado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; que se declare que siempre ha estado válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, subsidiariamente, la nulidad del traslado efectuado al Régimen de Ahorro individual con Solidaridad y, como consecuencia de ello, condenar a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., a trasladar los aportes en pensión, bonos pensionales, sumas adicionales, los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C.; a COLPENSIONES a validar los aportes en pensión e incorporarlos a la historia laboral y a las demandadas en costas y lo ultra o extra petita. (f° 7-8)

Frente a esas pretensiones, COLPENSIONES se opuso a todas y cada una de las pretensiones con sustento en que la afiliación efectuada es completamente válida, por haberse realizado de manera libre, voluntaria y sin constreñimiento. Que cuando solicitó a COLPENSIONES el traslado contaba con 56 años, encontrándose próxima a cumplir con requisito de edad para pensionarse, y, en consecuencia, en la prohibición contemplada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Presentó como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público. (f ° 79 a 99).

Respecto de dichas pretensiones, la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., también se opuso con el argumento que la afiliación de la parte actora, como su traslado se efectuó con el lleno de requisitos establecidos por la ley 100 de 1993, sumado a que no se dan los presupuestos para la declaratoria de nulidad del acto jurídico de la afiliación. Presentó como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, la genérica. (f °106 -113)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado 7 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 28 de febrero de 2020, declaró la ineficacia de la afiliación y traslado de régimen pensional acaecido el 18 de marzo de 1997, ordenó a Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la demandante, dineros que deben incluir los rendimientos, ordenó a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida a la demandante desde su afiliación inicial al ISS. Declaró no probadas las excepciones, condenó a las demandadas a costas y fijó como agencias para cada una, el equivalente a 2 s.l.m.l.m.v.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente y sobre los siguientes puntos:

COLPENSIONES (54:02)

Inconforme con la decisión de primer grado solicitó se revoque la misma, por cuanto consideró que i) la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad se realizó de manera libre y espontánea, ii) la demandante se encuentra en la cobijada por la prohibición establecida en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 la cual modifico el artículo 13 de la ley 100 de 1993 y iii) la información que se hizo de forma verbal se ajusta al momento histórico en que se dio la afiliación.

PORVENIR (1:02:58)

Apeló la sentencia de primera instancia, por cuanto consideró que i) el traslado de la demandante obedeció a una decisión libre y espontánea e informada, muestra de ello es la asesoría recibida de manera verbal y de acuerdo lo establecido en la ley para la ficha de afiliación y ii) la suscripción del formulario es una manifestación inequívoca de la voluntad de la actora de afiliarse a dicho régimen pensional.

ALEGACIONES

PARTE DEMANDANTE:

Solicita en el escrito de alegaciones se confirme la sentencia de primera instancia con sustento en la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que ha señalado que es atribuible a las Administradoras de Fondos de Pensiones Privadas una responsabilidad social y empresarial especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que pueda acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, la consecuencia de considerar que ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” se estaría frente a la ineficacia de esos traslados.

PARTE DEMANDADA:

COLPENSIONES:

Presenta escrito de alegaciones en el que señala como consideración preliminar que no desconoce la actual jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia que hasta hace muy poco estuvo conformada por cinco magistrados que actualmente esta conformada por siete, y que las reglas que sustentan actualmente la ineficacia de los traslados fueron dadas por dos magistrados, pero que la Sala de Casación Laboral nunca se ha pronunciado sobre los argumentos que esgrimen los fondos que dan lugar

a declarar la validez de los actos jurídicos de traslados, y en consecuencia revocar la sentencia, tales como la prohibición legal contemplada en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, la falta de acreditación de vicios del consentimiento, la carga de la prueba de conformidad con los artículos 167 del CGP y 1604 del C.C., el deber de información y la descapitalización del sistema.

Solicita de manera subsidiaria, en caso de ser confirmada la sentencia, que se condicione su cumplimiento por parte de COLPENSIONES a la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, porque COLPENSIONES no puede dar cumplimiento de la sentencia hasta tanto la AFP reintegre los recursos y actualice los datos en la respectiva base de datos.

Presenta poder de sustitución, pero ya le fue reconocida personería para actuar en la audiencia celebrada el 27 de febrero de 2020 (fl. 212).

PORVENIR

Solicita en el escrito se absuelva a la demanda porque la demandante tomó la decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen pensional, la sociedad cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes para ese momento, que para la fecha de la afiliación no exigía documentar la información brindada, porque bastaba con la firma del formulario en la que constara la voluntad de afiliación del afiliado.

La demandante contaba con plena capacidad legal para decidir el traslado de régimen, que da lugar a una relación jurídica de afiliación al sistema de carácter reglamentaria porque el contenido de la misma se concreta en un conjunto de normas establecidas en la ley.

Subsidiariamente, en caso de confirmarse la sentencia, señala que no resulta viable la devolución de los gastos destinados a la administración y de las sumas que ha pagado por concepto de primas de los seguros previsionales que ha estado obligada a contratar

Presenta poder.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, se debe ordenar el traslado al régimen de prima media.

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 37, cédula de ciudadanía que da cuenta que la actora nació el 28 de diciembre de 1961.
- A folios 38, formulario de solicitud de vinculación a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS, 18 de marzo de 1997.
- A folios 39 -43 y 56 - 57, reclamaciones administrativas y respuestas.
- A folio 44 – 47 y 158 -159, simulación pensional.
- A folios 48 – 55 y 114 - 131, historia laboral y relación histórica de movimientos.
- A folio 100, expediente administrativo con historia laboral.
- A folio 152-154, bono pensional.
- A folio 165, certificación SIAFP.
- A folio 166 – 167, comunicados de prensa.
- Interrogatorio a la parte demandante.

Caso Concreto

Se encuentra acreditado que la demandante a la edad de 36 años se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual cuando contaba con 407.29 semanas cotizadas al sistema (exp administrativo), adicionalmente, no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 50 años de edad ni se acredita que gozara de una pensión de invalidez.

Las anteriores circunstancias permiten inferir que el acto del traslado al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió, y cumple con los presupuestos legales para su validez señalados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, norma que permitía que el trámite se realizara con documentos preimpresos, aunado a que no existían razones que dieran lugar a que fuera rechazada la vinculación a dicho régimen por el fondo de pensiones dado que de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994, esta conducta les está prohibida a dichas entidades cuando el afiliado cumple con los requisitos.

Esto último es lo que precisamente sucedió en el caso de la demandante, porque en el recuadro denominado ‘voluntad de selección y afiliación’ de la solicitud de vinculación diligenciada ante HORIZONTE PENSIONES Y

CESANTIAS, el 18 de marzo de 1997, se verifica que encima de su firma tiene ‘preimpresa’, la manifestación: *“HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTANEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A LA ADMINSTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA HORIZONTE S.A. PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES (...)”* (f.º 38).

De conformidad con lo anterior, concluye la Sala que el formulario de solicitud de vinculación al RAIS lo suscribió de manera libre, espontánea y sin presiones, el cual de conformidad con la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia contenida entre otras en las sentencias SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, dicho formulario “a lo sumo acredita el consentimiento”.

Dicho consentimiento libre y voluntario fue corroborado por la accionante en la diligencia de interrogatorio de parte.

De dicha prueba, además, se logra establecer que la señora demandante en el año 1997, mientras laboraba en su empresa, firmó y leyó formulario de afiliación a HORIZONTE hoy PORVENIR, que tuvo una charla privada con el asesor del fondo, quien le explicó varios aspectos, entre ellos, que era mejor trasladarse porque su pensión podía ser mucho mejor que la que llegaría a recibir del otrora ISS, entidad que estaba por desaparecer, que el fondo iba a “trabajar” su plata y por eso se iba a pensionar bien, que luego de recibir las explicaciones del caso, procedió a suscribir el formulario de afiliación, porque todo lo que le explicaron le sonó bien.

En el caso bajo análisis, se solicitó desde el libelo genitor la ineficacia o la nulidad del acto de traslado por considerar que el referido fondo privado no le suministró información clara, sobre los beneficios contemplados en el Régimen de Prima Media con prestación definida y el Régimen de ahorro individual con solidaridad, como lo exige la Corte Suprema de Justicia, lo que de suyo descarta que no se haya realizado algún tipo de asesoría.

En este punto y una vez analizado el interrogatorio de parte, se establece cuáles fueron los motivos que llevaron a la demandante a realizar dicho traslado, lo cual descarta su deseo de permanencia en el régimen de prima media con prestación definida, porque entre las razones manifestadas para escoger el Régimen De Ahorro Individual Con Solidaridad esta la de poderse pensionar con una mesada más alta dado que el fondo podía “trabajar” su dinero, generaba rendimientos, característica propia del régimen de ahorro individual y excluyente del régimen de prima media, lo cual permite señalar que la actora con la información recibida realizó una valoración entre los

dos regímenes y en virtud de su autonomía escogió el Régimen de Ahorro Individual.

Ahora bien, no puede pasarse por alto que la misma deponente refirió que luego de recibir las explicaciones del caso, procedió a suscribir el formulario de afiliación, porque consideró que los diferentes aspectos que le fueron informados le “sonaron bien”, de lo que se deduce que no solo se le hizo saber sobre la posibilidad de obtener una mesada superior, sino otros asuntos, que quizá por el paso del tiempo, ahora no recuerda, de ahí que se sostenga que de acuerdo a las reglas de la sana crítica las personas tienden a recordar los motivos que las llevaron a tomar la decisión y no los aspectos por los que no escogieron la otra alternativa o les pareció irrelevante.

El interrogatorio también da cuenta que la demandante recibía sus extractos y que procedía a revisar cada uno de ellos, lo que también es indicativo de que el fondo durante su permanencia en dicho régimen continuó y continúa suministrándole información, dado que es de público conocimiento que, en dichos extractos, además de contener el total de semanas cotizadas, se registran, entre otros, los rendimientos, el capital total acumulado, el valor del bono o de los retiros de aportes voluntarios, si los hay, e informaciones de carácter general y relevante para los asociados, etc.

Por otra parte, la demandante contó con la oportunidad de trasladarse nuevamente de régimen en los términos dispuestos en la Ley 797 de 2003, antes de que le faltaran 10 años o menos para arribar a la edad mínima pensional; aspecto legal, que fue publicitado por varios fondos mediante publicación de comunicados de prensa en periódicos de amplia circulación nacional, como los que se acreditaron en este asunto y no lo hizo. (f ° 166-167).

En esa dirección, al realizarse un análisis de los diferentes elementos de prueba, aplicando los criterios de la sana crítica, al tenor de los artículos 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se observa que se cumplió con el precedente jurisprudencial sobre la carga de la prueba de entregar información sobre las características propias de los regímenes existentes.

De tal manera que los supuestos fácticos de la demanda sobre una falta de asesoría se desvirtúan con las pruebas que obran en el expediente, ya que el hecho de que dicha asesoría haya sido verbal como se indica en el interrogatorio no le quita el carácter de asesoría, aunado a que muchos de los aspectos señalados en la demanda como carentes de información se refieren a aspectos regulados en leyes posteriores y que por tal motivo le era

imposible al fondo informarle al momento del traslado, tales como la obligación del buen consejo, la doble asesoría, etc.

De tal manera que le asiste razón a los apelantes cuando señalan que la decisión de la demandante fue libre espontánea e informada, porque se le entregó una asesoría de manera verbal que era la permitida para la fecha del traslado, la cual debe ser valorada de conformidad con el precedente jurisprudencial “teniendo en cuenta el momento histórico en que debía cumplirse” (sentencia radicado 68838).

Adicionalmente, sin desconocer la obligación legal de las entidades que administran los recursos pensionales de asesorar a los afiliados desde la vigencia de la Ley 100 de 1993, no se puede pasar por alto que todos los aspectos que regulan el tema pensional se encuentran regulados en la ley, como se señala en las alegaciones, y si se tiene en cuenta que el desconocimiento de la ley no sirve de excusa de conformidad con el artículo 9 del Código Civil, que fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 651 de 1997, dicha falta de conocimiento no se puede invocar como pretexto para afectar de vicios el consentimiento, máxime cuando las consecuencias del traslado operan en virtud de la ley, al punto que así se señala en la aclaración de voto a la sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación 68852.

Las anteriores razones son suficientes para revocar la decisión de primera instancia, pero en gracia de discusión, también se observa que no se acredita la causal de ineficacia del acto de traslado señalada en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en la medida que ni siquiera se constituye en uno de los supuestos fácticos de la demanda, aunado a que la demandante señaló en el interrogatorio que la asesoría fue privada.

Ahora, si en gracia de discusión se aceptara que la demandante incurrió en un error para la toma de su decisión; dicho error es de derecho, porque de acuerdo a la definición doctrinal, se refiere “a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto del negocio jurídico”¹, y para el caso en concreto, el error se relaciona con la naturaleza del régimen de ahorro individual que le otorgaba unos derechos diferentes a los que tenía si hubiese permanecido en el régimen de prima media.

Por expreso mandato del artículo 1509 del Código Civil, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento de quien lo presta.

¹ Cfr. FLOUR, Jacques et Jean-Luc AUBERT. *Les Obligations*. T. I. 6^e Ed. Paris, Armand Colin Editeur, 1994, Ps. 142-143.

En relación con el error de hecho, contemplado en el artículo 1508 del Código Civil, se recuerda que este se configura cuando el consentimiento recae sobre la especie de un acto o contrato que se ejecuta, y en el presente caso, se observa que la demandante pretendió el traslado de régimen de pensiones y ello fue lo que acaeció. Lo cual se acredita con la solicitud que suscribió de manera libre, espontánea y sin presiones para su vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en un formulario que las normas que regulan la materia permiten que sea preimpreso.

Por último, como se observa que la razón genuina para promover la presente acción, se contrae a una inconformidad sobre el monto de la posible mesada pensional, es de anotar sobre el particular, primero que lo pretendido es un traslado en el periodo de prohibición señalado en la ley y segundo que en cualquiera de los regímenes el monto de la pensión se define al momento de exigir la pensión una vez cumplido los requisitos y no al momento de la vinculación, en la medida en que dicho monto depende de varios factores; en el régimen de prima media del cumplimiento de requisitos, tiempo de cotizaciones y salarios base de cotizaciones y en el régimen de ahorro individual de los aportes a la cuenta individual, bonos pensionales, aportes voluntarios, rendimientos, edad que se escoja de retiro, etc.; por lo que cualquier proyección que se realice al momento de la afiliación es solo eso una proyección que puede ser afectada por varias variables.

Por último y respecto del punto de apelación relacionado con el hecho de que la situación pensional de la demandante se encuentra inmersa dentro del periodo de prohibición señalado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, es de anotar que le asiste razón a la apelante, porque de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional el traslado en dicho periodo afecta principios constitucionales como la equidad, solidaridad y sostenibilidad financiera del sistema de pensiones.

En sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993, expuso la Corte lo siguiente: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones,...”* y *“el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para*

acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional,...”.

En la Sentencia C-401/16 consideró: “... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos - se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”

Y en la sentencia C-083/19, señaló que “el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional^[30], y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación^[31], de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales se colige que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es diferente porque quienes en el régimen de prima media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que solo permite el retorno al Régimen de Prima Media sin afectar sus derechos a aquellas personas que cotizaron 15 o más años al sistema de pensiones antes del 1 de abril de 1994, esto es, cuando habían aportado a esa solidaridad intergeneracional aproximadamente las dos terceras partes de su vida laboral.

En ese orden de ideas, si bien como lo señala el apoderado de la parte demandante en la alegaciones la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha señalado una densa jurisprudencia sobre la ineficacia del traslado y las reglas, en el presente caso es de anotar que aplicadas las reglas procesales señaladas en los artículos 60 y 61 del CPTYSS, el principio de comunidad de la prueba, el marco normativo vigente para la fecha del traslado, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, se colige que en el presente caso no se dan los supuestos legales ni jurisprudenciales para declarar la ineficacia o la inexistencia o la nulidad del acto de traslado al régimen de ahorro individual, por lo que hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia.

COSTAS: no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: RECONOCER personería para actuar al dr. JOSE DAVID OCHOA SANABRIA identificado con la C.C. 1.010.214.095 y T.P. 265.306 en calidad de apoderado de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

SEGUNDO: REVOCAR la sentencia proferida el 28 de febrero de 2020 por el Juzgado 07 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de las pretensiones incoadas por la señora **BLANCA PATRICIA PINZON RODRIGUEZ**, identificada con la C.C. 20.754.165.

TERCERO: Sin costas en la presente instancia, las de primera a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Original firmado)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

(Original firmado)

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado

(Salvamento de voto)

(Original firmado)

DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ROSANA PRIETO ROJAS

DEMANDADO: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.

RADICADO: 11001 31 05 004 2019 00082 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de julio de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a decidir el recurso de apelación presentado por los apoderados de **PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES** contra la sentencia proferida el 2 de marzo de 2020 por el Juzgado 4 Laboral del Circuito de Bogotá y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Demandada COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual con solidaridad por lo que resulta nula o ineficaz la afiliación en pensión a la AFP Santander hoy PROTECCIÓN realizada el 19 de diciembre de 2001, y que siempre ha permanecido en el Régimen de Prima Media sin solución de continuidad, y, como consecuencia de ello, ordenar a PROTECCIÓN la devolución a COLPENSIONES de todas las sumas de dinero, bonos, rendimientos devengados durante todo el tiempo en que dichas sumas estuvieron en poder de las administradoras; a COLPENSIONES a reactivar la afiliación de la demandante, recibir los aportes y rendimientos devueltos

por PROTECCIÓN y actualizar y corregir su historia laboral, condenar a PROTECCIÓN al reconocimiento y pago de los perjuicios morales causados por la parte demandante, los que estima en la suma de 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, o la suma que el juez considere y a las costas. Como pretensiones subsidiarias, propuso declarar el acto de traslado al RAIS como inexistente con las mismas consecuencias de la pretensión principal. (fls. 4-22, 94-115)

Como sustento de sus pretensiones manifestó que la actora estuvo vinculada con el Seguro Social desde el 21 de septiembre de 1994 hasta el 2001, que se trasladó a Santander por no recibir información técnica y adecuada y porque creyó que le era más beneficioso el Régimen de Ahorro Individual, nunca le advirtieron que la pensión podría ser menor o que eventualmente su capital podría ser insuficiente para permitirle tener una pensión.

Frente a esas pretensiones, COLPENSIONES se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra con sustento que el acto de traslado se efectuó de manera libre, espontánea, voluntaria, por lo que no existe nulidad que afecte la afiliación; además, a la demandante le hacen falta menos de 10 años para adquirir sus derechos pensionales y, en consecuencia, no es posible efectuar el retorno al régimen. Presentó como excepciones de mérito las de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, prescripción e innominada o genérica. (119-130).

Respecto de dichas pretensiones, la demandada PROTECCIÓN se opuso con el argumento que el acto de afiliación es existente, válido y exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, puesto que, la voluntad de la demandante se dio de manera libre, espontánea y sin presiones, precedida de una asesoría adecuada, suficiente y oportuna de parte de la AFP. Presentó como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, innominada o genérica e inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe. (Fls.156-170)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Cuarto (4°.) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 2 de marzo de 2020, declaró la nulidad de la afiliación que hiciera la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad que administra PROTECCIÓN para tenerla válidamente afiliada a COLPENSIONES. Condenó a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante, con los rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración. Ordenó a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la demandante. Condenó en costas a PROTECCIÓN y fijó como agencias en derecho la suma de un salario mínimo.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentó recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente con el objeto de que se revoque la sentencia y sobre los siguientes puntos:

Colpensiones (min 21:52)

Primero, la valoración de la prueba, porque considera que la actora al momento de la afiliación obtuvo la información suficiente para su traslado y segundo, la sostenibilidad financiera del sistema.

Protección (min 22:42)

Primero, no se debe imponer condena para la devolución de los gastos administrativos, y segundo, la valoración de la prueba porque no existe vicios del consentimiento y la actora recibió la debida información al momento del traslado.

ALEGACIONES

DEMANDANTE:

Solicita se confirme la decisión de primera que declaró la nulidad de traslado de régimen pensional porque la demandada no cumplió con la carga de acreditar la calidad de la información y de la asesoría brindada a la demandante.

COLPENSIONES:

Reitera la solicitud de revocar la sentencia de primera instancia, porque de las pruebas arrojadas al proceso se evidencia que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS, al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación. Se debe acoger el

precedente jurisprudencial contenido en la sentencia SL2810 de 2019 donde la Corte sostuvo que hay afiliación tácita cuando se guarda silencio frente a las deficiencias de la afiliación. El afiliado no se encuentra exonerado de su deber de concurrir suficientemente ilustrado a la escogencia de su régimen pensional (aclaración de voto a la sentencia SL1452-2019), por lo que hay lugar a aplicar el artículo 9 del C.C.

Las pruebas recaudadas indican que existió información, la demandante no es una afiliada legítima, quien recibió información por casi 2 años.

La demandante está incurso en la prohibición de límite temporal para poder acceder al traslado pretendido.

Presenta poder de sustitución, pero ya se reconoció personería para actuar en audiencia de 12 de febrero de 2020. (fol. 211)

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, se debe ordenar el traslado al régimen de prima media.

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 23, cédula de ciudadanía que da cuenta que la actora nació el 11 de septiembre de 1961.
- A folios 24, 171, formulario de traslado de régimen a SANTANDER, el 19 de diciembre de 2001.
- A folios 25-40, 47-52, 135-139, 172-173, 175-184 resumen cuenta, resumen semanas cotizadas y formularios CLEB.
- A folio 174, certificación SIAFP
- A folios 42-46, 54-62, 185-190, reclamaciones administrativas y respuestas.
- A folios 191-193, políticas de asesoría para vincular a personas naturales de PROTECCIÓN.
- A folios 194-195, concepto sobre el deber de asesoría e información al consumidor financiero.
- A folio 196, comunicado de prensa AFP's.

Caso Concreto

A fin de resolver el problema jurídico que ocupa la atención de esta Sala, se tiene de la lectura integral del escrito de demanda, de los elementos de

prueba incorporados y la sentencia de primera instancia que el recurso de apelación cuestiona la valoración integral de los elementos probatorios, al considerar que no conllevan a la declaración de nulidad de la afiliación, decisión ésta que afecta la sostenibilidad financiera del sistema y que no hay lugar a la devolución de los gastos de administración.

Para resolver el problema jurídico, se debe revisar los diferentes elementos de prueba que obran en el proceso, máxime cuando los apelantes señalan que a la actora se le realizó en debida forma la asesoría al momento del traslado.

También se debe tener en cuenta el precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que se refiere al deber de información, en el que señala que “los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse” (sentencia proferida en el radicado 68838), que para este caso sería la normativa vigente para el año 2001,

De dichos medios de prueba se establece que la demandante a la edad de 40 años se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual cuando contaba con 800.71 semanas cotizadas al sistema (fls. 25), se observa que la demandante no se encontraba inmersa en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 50 años de edad ni se acredita que gozara de una pensión de invalidez.

Igualmente, se observa que el formulario de solicitud de vinculación al RAIS lo suscribió de manera libre, espontánea y sin presiones, tal como se dejó constancia en el mismo formulario (fl. 24), y que confirmó en el interrogatorio de parte al señalar que lo suscribió de manera “voluntaria y libre”.

De la exposición rendida en el interrogatorio, se puede resaltar que fue clara y reiterativa en señalar que recuerda la asesoría dada, primero, porque la asesora la visitó en varias oportunidades; segundo, le realizó una simulación con el computador en donde le indicó el porcentaje para la pensión que no recuerda bien si era del 62 o 65% en el ISS del promedio de sus últimos diez años y que con el fondo era posible llegar a tener una pensión alrededor del sueldo que tenía en ese momento o dependiendo del bono podía ser incluso superior, tercero, que la pensión dependía de su propio ahorro y de los rendimientos, y cuarto, también recordó sobre la posibilidad del retracto y que podía trasladarse aunque no recordó con exactitud si era a los 2 o 5

años después; por último indicó en el interrogatorio que la información dada fue incorrecta ya que la mesada pensional va a ser de un salario mínimo por un fondo de garantía, siendo esto distinto a lo que le expuso la asesora en el año 2001.

Por lo anterior, se puede llegar a concluir que la actora estuvo asesorada durante la antesala de la afiliación y al momento en que suscribió el formulario de traslado al Régimen de Ahorro Individual, lo cual se constata porque en varias respuestas señala que la pensión dependía de los rendimientos y de su ahorro individual, es más tardó varios años en tomar la decisión porque desde el año 1999 la asesora le brindó información sobre la AFP y solo hasta el año 2001 tomó la decisión de trasladarse de fondo.

Lo anterior permite inferir que la actora se tomó un tiempo prudente para analizar la información dada, es más indicó que le llamó la atención de su vinculación en el Fondo de pensiones la posibilidad de que su pensión podría quedarle a su hermana y como se observa en el formulario la hermana es la beneficiaria.

Los anteriores elementos de prueba permiten colegir primero que el traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro individual cumplió con los requisitos señalados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 que son de validez de conformidad con el mismo artículo, norma que permitía que la manifestación de voluntad se realizara en formatos preimpresos, aunado a que cumple con las normas vigentes para la fecha de traslado, esto es, la manifestación que la selección la efectuó en forma libre, espontánea y sin presiones, como se constata en el formulario, que si bien este solo documento no es prueba de la información otorgada, si lo es de acuerdo a la reiterada jurisprudencia de que a lo sumo acredita el consentimiento del demandante (SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras). Y segundo, que el consentimiento fue informado, lo cual se corrobora con la exposición en el interrogatorio de parte.

La valoración a los elementos de convicción expuesta sería suficiente para revocar la sentencia, porque de ellos se concluye que el fondo acreditó la información entregada a la demandante, esto es, la carga de la prueba que en virtud de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral se invierte y le es exigida a las Administradoras de Pensiones.

Otro de los argumentos del recurso de apelación es la sostenibilidad financiera del Régimen de Prima Media que se ve afectada por la decisión de primera instancia.

Respecto de la vulneración al principio de sostenibilidad financiera del Régimen de Prima Media cuando a este se trasladan personas próximas a adquirir la pensión, se realizó un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional en sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993.

En dicha sentencia expuso la Corte lo siguiente: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones,...”* y *“el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.*

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional,...”.

Pero no solo se afecta el principio de sostenibilidad financiera sino también el de equidad y solidaridad, lo cual se deduce del contenido de otras sentencias, entre ellas, la C-401/16 que expone que *“... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos -se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”.*

Y la C-083/19, que señala “*el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.*”

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional^[30], y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación^[31], de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

De tal manera que al aplicar el precedente jurisprudencial en el presente caso se observa que efectivamente con la decisión de declarar la nulidad del acto de traslado de régimen de una persona que se encuentra con requisitos cumplidos para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media afecta los principios constitucionales del sistema general de pensiones.

Por último, no se puede pasar por alto que la inconformidad real en el presente proceso no es la falta de información sino el posible monto de la mesada pensional que le podría corresponder a la actora al momento de hacer exigible su derecho a la pensión de vejez, sin embargo, esta situación en particular no se contempla en las normas legales como causal de nulidad o de ineficacia del acto de traslado.

Lo anterior porque se debe recordar que el monto de la mesada pensional en cualquiera de los dos regímenes se concreta en el momento de causar o de exigir la pensión, aunado a los demás factores que afectan el valor de la mesada por ejemplo en el régimen de prima media los salarios base de cotizaciones, semanas adicionales a las mínimas requeridas, etc., y en el régimen de ahorro individual de los aportes a la cuenta individual, bonos pensionales, aportes voluntarios, rendimientos, edad que se escoja de retiro, etc.

Dicha afectación del monto de la pensión por circunstancias ajenas al momento de la manifestación de la voluntad del traslado se hace presente, entre otras razones, por la obligación de permanencia en los regímenes en periodos previos a adquirir el derecho a la pensión, obligación que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-1024 de 2004; pero que no tienen incidencia en la validez de la manifestación de la voluntad del traslado dentro de los regímenes del sistema general de pensiones, máxime cuando la misma ley les dio un plazo de gracia a los afiliados para modificar el régimen y este caso no fue agotado por la demandante, dentro del periodo correspondiente, pese a conocer que tenía derecho al retracto y a retornar al régimen de prima media dentro de unos periodos señalados por la Ley.

En ese orden de ideas, al valorarse los diferentes elementos que obran en el proceso desde el principio de comunidad de la prueba, el comportamiento de las partes, el marco normativo aplicable al momento del traslado, se colige que en el presente caso no se dan los supuestos legales ni jurisprudenciales para declarar la nulidad del acto de traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, se colige que hay a **revocar** la sentencia de primera instancia.

COSTAS: no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 2 de marzo de 2020 por el Juzgado 4 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, para

en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de las pretensiones incoadas por la señora **ROSANA PRIETO ROJAS**, identificada con la C.C. 51.636.545.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia, las de primera a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Original firmado)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

(Original firmado)

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado
(Salvamento de voto)

(Original firmado)

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: NANCY GUEVARA ROCHA

DEMANDADO: COLPENSIONES, PORVENIR Y COLFONDOS

RADICADO: 11001 31 05 002 2018 00386 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de julio de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a decidir el recurso de apelación presentado por los apoderados de **PORVENIR** y **COLPENSIONES** contra la sentencia proferida el 3 de febrero de 2020 por el Juzgado Segundo (2°.) Laboral del Circuito de Bogotá y surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Demandada COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende la nulidad de la afiliación en pensión a la AFP Horizonte hoy PORVENIR realizada el 3 de junio de 1994 como la de diciembre de 1996 y a COLFONDOS a partir del 2002 y válida la afiliación a COLPENSIONES por la existencia de un vicio del consentimiento en el contrato de administración de pensiones obligatorias y, como consecuencia de ello, condenar a COLFONDOS a trasladar todos los aportes cotizados en el Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media con prestación definida administrado hoy por COLPENSIONES, a esta última administradora a recibir a la demandante como su afiliada, y a las costas y agencias en derecho. (fols.37-44)

Frente a esas pretensiones, COLPENSIONES se opuso a todas y cada una de las pretensiones con sustento que a la demandante no le asiste derecho a lo pretendido ya que la misma se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal, establecida en el artículo 2°. de la ley 797 de 2003, para poder efectuar el traslado de régimen al contar con 54 años de edad, y válidamente afiliada a COLFONDOS. Presentó como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas e innominada o genérica. (52-65).

Respecto de dichas pretensiones, la demandada PORVENIR S.A. también se opuso con el argumento que la afiliación no se hizo en contra de prohibición legal, al contrario, en el mismo se dio cumplimiento a todos los lineamientos legales establecidos para la perfección de dicho acto jurídico, por lo anterior, debe tenerse en cuenta el historial de vinculaciones de la demandante. Presentó como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa e innominada o genérica. (Fls.92-98)

Con relación a las pretensiones, COLFONDOS se opuso señalando en síntesis que la entidad brindó una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones del traslado dentro del mismo régimen, así como el derecho al retracto, suscribiendo así la demandante el formulario de vinculación de manera libre y con su consentimiento expreso. Presentó las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, innominada o genérica y ausencia de vicios del consentimiento. (Fls.109-123).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado 2 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 3 de febrero de 2020, declaró la nulidad de la afiliación y traslado de régimen pensional acaecido el 3 de junio de 1994; ordenó a Colfondos a trasladar a Colpensiones los valores correspondientes a las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la asegurada, con todos sus frutos e intereses, de conformidad con el artículo 1746 del C.C.; ordenó a COLPENSIONES a recibir los aportes en el Régimen de Prima Media y tener

entre sus afiliados a la demandante; declaró no probadas las excepciones; condenó en costas a PORVENIR S.A. y fijó como agencias en derecho la suma de 4 SMLMV.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente y sobre los siguientes puntos:

PORVENIR S.A.

Considera que no se debe dar aplicación al precedente jurisprudencial porque la actora no tenía un derecho adquirido.

COLPENSIONES

Señaló que no se pueden imponer cargas a las administradoras de pensiones en normativas que no estaban vigentes al momento de la vinculación y considera que aceptar el traslado descapitaliza el sistema pensional que administra Colpensiones.

ALEGACIONES

DEMANDANTE

Expresa que en el desarrollo del proceso de la referencia se pudo establecer que la AFP PORVENIR para el momento del traslado no ofreció a la demandante información necesaria para que contara con elementos de juicio claros y objetivos.

PORVENIR.

Indica en las alegaciones que la demandante se trasladó de régimen y luego de administradora de fondos de pensiones con lo cual de manera voluntaria y libre ratificó su decisión de pertenecer al RAIS, en las cuales en cada una de ellas se le brindó una información oportuna y completa, aunado a que con su permanencia se debe considerar como “la verificación de la voluntad del afiliado”.

Resalta que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición.

No se acredita en el presente proceso las causales de nulidad absoluta o relativa o la de ineficacia.

Se incurre en la prohibición legal contemplada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 que propende por la protección del sistema ante una descapitalización del régimen de prima media y garantía del principio de estabilidad.

No hay lugar a la condena de trasladar los gastos de administración porque ellos no están destinados a incrementar la mesada pensional, sino que pertenece a los gastos operativos.

El análisis conjunto de las pruebas exhibe que la demandada cumplió con la carga de la prueba.

COLPENSIONES

Presenta escrito de alegaciones en el que señala como consideración preliminar que no desconoce la actual jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia que hasta hace muy poco estuvo conformada por cinco magistrados que actualmente está conformada por siete, y que las reglas que sustentan actualmente la ineficacia de los traslados fueron dadas por dos magistrados, pero que la Sala de Casación Laboral nunca se ha pronunciado sobre los argumentos que esgrimen los fondos que dan lugar a declarar la validez de los actos jurídicos de traslados, y en consecuencia revocar la sentencia, tales como la prohibición legal contemplada en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, la falta de acreditación de vicios del consentimiento, la carga de la prueba de conformidad con los artículos 167 del CGP y 1604 del C.C., el deber de información y la descapitalización del sistema.

Solicita de manera subsidiaria, en caso de ser confirmada la sentencia, que se condicione su cumplimiento por parte de COLPENSIONES a la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, porque COLPENSIONES no puede dar cumplimiento de la sentencia hasta tanto la AFP reintegre los recursos y actualice los datos en la respectiva base de datos.

Presenta poder de sustitución, pero ya actúa en el proceso desde la audiencia celebrada el 21 de octubre de 2019 (fl. 155).

COLFONDOS

Expone que no presentó recurso de apelación y por ende solicita se absuelva de la devolución de los aportes porque son de consagración legal, las costas y declare probadas las excepciones de fondo.

Presenta poder. Se reconoce personería para actuar a la dra. Jeimmy Carolina Buitrago Peralta, identificada con la C.C. 53.140.467 y T.P. 199.923 del CSJ.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la nulidad y/o eficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, se debe ordenar el traslado al régimen de prima media.

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 3, cédula de ciudadanía que da cuenta que la actora nació el 21 de agosto de 1961.
- A folios 12-20, 22, reclamaciones administrativas y respuestas.
- A folio 21, formulario de solicitud de traslado a COLPENSIONES del 5 de abril de 2018.
- A folios 24-25, 97-103, resumen cuenta y semanas cotizadas.
- A folio 27, formulario de traslado a COLPATRIA, 27 de diciembre de 1996.
- A folio 28, formulario de traslado COLFONDOS, 22 de julio de 1997.
- A folio 29, Constancia laboral de Energía de Bogotá, 14 de septiembre de 2010.
- A folio 30-32, simulación pensional de COLFONDOS.
- A folios 31-32, liquidación bono pensional.
- A folios 67 a 69, historia laboral expedida por Colpensiones.
- A folios 104-105, certificación SIAFP
- A folio 106, formulario de traslado PORVENIR, 1 de diciembre de 2001.
- A folios 107-108, comunicado de prensa de las administradoras de RAIS.
- Interrogatorio a la parte demandante.
- Interrogatorio representante PORVENIR S.A.

Caso Concreto

Frente a la decisión condenatoria de primera instancia, los apoderados de las partes demandadas PORVENIR y COLPENSIONES presentaron recurso de apelación señalando en síntesis que no es aplicable el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en el presente caso, dado que la demandante no cuenta con un derecho adquirido, que la carga de la prueba debe ser sobre normas vigentes y la decisión propende por la descapitalización del régimen pensional que administra Colpensiones. Para resolver los argumentos esgrimidos en los recursos de apelación, se verifica en los diferentes elementos de prueba que obran en el proceso lo siguiente:

La demandante a la edad de 32 años se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual cuando contaba con 582.14, semanas cotizadas al sistema, no se encontraba incurso en alguna causal de

prohibición para realizar el traslado de régimen contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 en la medida que no contaba con 50 años de edad ni una pensión de invalidez, que diera lugar a que la administradora de pensiones rechazara su solicitud, máxime cuando dicha conducta está prohibida por la Ley 100 de 1993, artículo 112 y el artículo 5°. Del Decreto 692 de 1994.

Cuando se trasladó de régimen, según lo expuesto en el interrogatorio de parte, laboraba como asesora comercial de un fondo de pensiones en el cual ofrecía productos pensionales y en consecuencia expuso sobre las características propias de los regímenes, en especial, el de ahorro individual que ella promocionaba para vincular afiliados.

Se colige de dichos elementos de convicción que la vinculación a cada fondo de pensiones fue voluntaria, y se cumplió con los requisitos señalados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 que son de validez de conformidad con el mismo artículo, norma que era la vigente para la fecha de traslado.

En el recurso de apelación se expone que la decisión de primera instancia propende por la descapitalización del régimen pensional que administra COLPENSIONES, y es reiterado en los alegatos de conclusión.

Respecto a la vulneración del principio de sostenibilidad financiera del Régimen de Prima Media cuando a este se trasladan personas próximas a adquirir la pensión, se realizó un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional en sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993.

En dicha sentencia expuso la Corte lo siguiente: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones...”* y *“el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que*

contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional,...”.

De tal manera que le asiste razón a la recurrente cuando manifiesta que dicha decisión vulnera el principio de la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social en pensiones, pero es de anotar que no solo el anterior sino también los principios de solidaridad propio del régimen de Prima Media y de equidad, consagrados no solo en el artículo 48 de la Constitución Política sino en las leyes que regulan el sistema pensional en el País.

Lo anterior se deduce del siguiente marco jurisprudencial emitido por la Corte Constitucional.

En la Sentencia C-401/16 consideró: “... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos - se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”

Y en la sentencia C-083/19, señaló que “el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional^[30], y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación^[31], de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

De lo expuesto se puede concluir que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno de ellos es disímil porque quienes en el régimen de prima media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que solo permite el retorno al Régimen de Prima Media sin afectar sus derechos a aquellas personas que cotizaron 15 o más años al sistema de pensiones antes del 1 de abril de 1994, esto es, cuando habían aportado a esa solidaridad intergeneracional aproximadamente las dos terceras partes de su vida laboral.

El anterior argumento sería suficiente para revocar la sentencia de primera instancia, pero también se argumenta que no se cumple el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral al realizar un análisis de los elementos de prueba porque el fondo cumplió con la carga atribuida.

El precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, se refiere al deber de información, y respecto de este, lo primero que se debe señalar es que el mismo precedente indica que “los jueces deben evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse” (sentencia proferida en el radicado 68838), de tal manera que para el año 1994 no existía obligaciones que se generaron entre otras a partir de la expedición de la ley 1328 de 2009, norma que fue expedida en época muy posterior al traslado.

En este punto del deber de información se debe estudiar detalladamente cada una de las preguntas absueltas por la actora, si bien a varias de ella quiso demostrar su falta de información al momento del traslado no debe perderse de vista que señaló lo siguiente: que realizó un programa en gerencia de mercadeo, que para 1994 se desempeñaba como asesora comercial, que a pesar de no recordar con que entidad sabe que los productos que ofrecía eran de pensiones, que recibió información general de la Ley 100, y a la pregunta de en qué consistía su labor dentro de Porvenir indicó que tenía que conseguir afiliaciones, les explicaban la información que tenía que entregar la situación en ese momento del seguro social, que Porvenir había surgido como solución a un grave problema que se presentaba en el régimen pensional, que el seguro social era una empresa quebrada, que iba a desaparecer porque todos los aportes de los afiliados iban a un sola olla común y la gente estaba pagando pensiones de personas en ese momento pero que no estaban pagando para su pensión, a diferencia del fondo privado que tenía la posibilidad de *pensionarse con una mayor pensión a la del seguro social porque los dineros se manejaban en una cuenta individual con rendimientos altos y que adicional se podía la persona pensionar de diferentes maneras no solamente con una pensión vitalicia sino adicional podía hacer un retiro voluntario o podía hacer retiros voluntarios parciales o en el momento en el que llegara el momento de su pensión podía decidir si quería que le entregaran todo su dinero o que también esos dineros pasaran a sus beneficiarios, eso era en general lo que se decía, que el mínimo las personas debían aportar diez años a un fondo privado para poder acceder a esos derechos.*

De las manifestaciones anteriores, se evidencia que la actora al momento del traslado no solo asesoraba sobre pensiones, sino que tenía claro las diferencias entre los regímenes como lo señaló pues era una de sus funciones en su lugar de trabajo, esto es, no se convertía en una afiliada lega en materia de pensiones.

En este punto, bueno es recordar que las reglas de la experiencia y la sana crítica indican que cuando se suscriben diferentes negocios jurídicos, en virtud de la autonomía de la voluntad, no resulta razonable que alguno de los contratantes presten su consentimiento a compromisos y obligaciones que le ocasionen alguna clase de perjuicios, lo que de contera descarta, como ya se vio, que la demandante no hubiera recibido información sobre el régimen de ahorro individual, pues como es bien sabido, es deber de quien decide efectuar esta clase de actuaciones definir las condiciones y términos de los mismos, las ventajas y desventajas que traerán sus determinaciones, tal como se concluye en la aclaración de voto a la sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación 68838, dado que el acto de la afiliación o no, depende de la persona natural y no del fondo.

Por último, sin desconocer la obligación legal de las entidades que administran los recursos pensionales de asesorar a los afiliados desde la vigencia de la Ley 100 de 1993, no se puede pasar por alto que todos los aspectos que regulan el tema pensional se encuentran regulados en la ley, y si se tiene en cuenta que el desconocimiento de la ley no sirve de excusa de conformidad con el artículo 9 del Código Civil, que fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 651 de 1997, dicha falta de conocimiento no se puede invocar como pretexto para afectar de vicios el consentimiento, máxime cuando las consecuencias del traslado operan en virtud de la ley, al punto que así se señala en la aclaración de voto a la sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación 68852.

En ese orden de ideas, aplicadas las reglas procesales señaladas en los artículos 60 y 61 del CPTYSS, el principio de comunidad de la prueba, el marco normativo vigente para la fecha del traslado, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, se colige que en el presente caso no se dan los supuestos legales ni jurisprudenciales para declarar la ineficacia o la inexistencia o la nulidad del acto de traslado al régimen de ahorro individual, por lo que hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia.

COSTAS: no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 3 de febrero 2020 por el Juzgado 2 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de las pretensiones incoadas por la señora **NANCY GUEVARA ROCHA**, identificada con la C.C. 51.609.388.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia, las de primera a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Original firmado)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

(Original firmado)

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado
(Salvamento de voto)

(Original firmado)

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: NAYIBE XIOMARA ARRIAGA OSORIO

DEMANDADA: MULTIPROYECTOS S.A.

RADICADO: 11001 31 05 001 2017 00647 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de julio de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal integrada por los Magistrados Dres. DAVID A. J. CORREA STEER, HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a decidir el recurso de apelación presentado por el apoderado del demandante propuesto en contra de la sentencia proferida el 3 de marzo de 2020 por el Juzgado 1° Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la existencia de una relación laboral entre las partes, mediante un contrato a término indefinido, entre el 28 de agosto de 2001 y el 7 de febrero de 2016, que mediante un otro sí del 30 de junio de 2015 le desmejoraron las condiciones laborales de manera arbitraria, que le debe comisiones, y que fue terminado de manera unilateral por la demandada, como consecuencia de ello, condenar a la demandada al pago de la reliquidación del contrato laboral, a las comisiones adeudadas, a la indemnización moratoria por el no pago de salarios y prestaciones, a indexar las sumas reconocidas, lo que se demuestre ultra y extra petita y costas y agencias en derecho. (fols. 7 a 10 y 109 a 116)

Como sustentó de sus pretensiones indicó que la demandante ingresó a laborar para la demandada el 28 de agosto de 2001 en el cargo de asesora de diseño con un horario de lunes de viernes de 8:00 am a 6:00 pm., sin un salario básico porque la remuneración correspondía al pago de comisiones; el 1 de febrero de 2004, la empresa le asignó como remuneración fija la suma de \$358.000; a la terminación del vínculo no se tuvo en cuenta en la liquidación efectuada las comisiones, la cual arrojó el valor de \$15.557.351, de los cuales cancelaron \$8.000.000, adeudando el total de \$7.557.351. (fols. 2 a 3 y 109 a 111)

La demandada fue notificada personalmente el 18 de diciembre de 2018, por lo cual allegó contestación el 23 de enero de 2019 y el Juzgado, mediante providencia del 18 de julio de 2019, la inadmitió para que subsanara las falencias dentro de los 5 días siguientes; dado que la demandada no subsanó la contestación, mediante auto del 20 de agosto de 2019 se dio por no contestada (fol. 298).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Primero (1º.) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 3 de marzo de 2020, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes con vigencia entre el 28 de agosto de 2001 y el 5 de febrero de 2016, condenó a la demandada a pagar a la demandante la suma de \$6.102.606 por concepto de liquidación faltante suma que deberá ser indexada, a la indemnización por despido sin justa causa en cuantía de \$52.313.684 y negó las demás pretensiones incoadas.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante presentó recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente indicando que la controversia se debe centrar en la forma como fueron liquidadas las comisiones, ya que las consignaciones aportadas no corresponden a los saldos pendientes. Solicitó acceder a la reliquidación e indemnización moratoria.

ALEGACIONES

Se allegó escrito de alegaciones.

Parte demandante

Dentro del término procesal presentó escrito de alegaciones en el que señaló que las comisiones pagadas a la demandante no corresponden al porcentaje

pactado de manera primigenia entre las partes. Reiteró que se debe reliquidar las prestaciones sociales teniendo en cuenta los salarios adeudados, las comisiones y el salario básico pactado, y ordenar el pago de la indemnización moratoria.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

- Determinar si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de comisiones liquidadas conforme a lo estipulado en el ítem de obras civiles.
- Establecer si la encartada debe re liquidar las prestaciones teniendo en cuenta el ingreso base y las comisiones.
- Determinar sí hay lugar a la condena por indemnización moratoria por el no pago de las prestaciones sociales a la terminación del contrato.

Elementos de prueba relevantes:

- A folios 20-24, contrato de trabajo a término fijo inferior a un año.
- A folios 25-27, políticas comerciales de julio 2004.
- A folio 29, comunicación de nueva remuneración básica.
- A folio 30, carta del 30 de junio de 2015 en donde la actora muestra inconformidad con el otro sí.
- A folios 31-35 y 91-103, correos electrónicos.
- A folio 36. Factura de venta.
- A folio 44 -48, carta de terminación del contrato por causas imputables a la empresa.
- A folios 49, 155, liquidación final.
- A folios 92-70 y 179-184, radicación diaria de pedidos.
- A folios 69-80, contrato civil de obra suscrito entre Colmena vida y riesgos Laborales y multiproyectos S.A.
- A folio 104, certificación laboral.
- A folios 156-169, proceso de reorganización.
- A folios 170-178, 185-209, 242-251, 264-272 y 278-295, pagos realizados, nómina y liquidación de comisiones.
- A folios 235-241, políticas de comisión de enero a diciembre de 2004.
- A folio 308, interrogatorios de parte y testimonio de la señora Diana Rufe Salgado.

Marco Normativo y Jurisprudencial

- Artículos 50, 60 y 61 del código procesal del trabajo y de la seguridad social.
- Artículos 164 y 167 del código general del proceso.
- Artículo 281 del Código de General del Proceso. Congruencias.
- Sentencias SL3790-2019 Radicación No. 74815 del 17 de julio de 2019 que analiza los fallos extra y ultra petita y la prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades.
- sentencia C-662 de 1998 que decidió sobre la exequibilidad del mencionado artículo 50, limitando esa posibilidad a los jueces de única o de primera instancia.
- Sentencia SL2010-2019, radicación 45045 del 05 de junio de 2019, sobre las facultades extra o ultra petita.

Caso Concreto

En el presente caso, no fue objeto de discusión los extremos de la relación laboral, la naturaleza del vínculo contractual y el cargo desempeñado por la demandante. Lo que pretende el recurrente es que se verifique la liquidación de las comisiones ya que estas debieron ser canceladas como obras civiles a fin de obtener la reliquidación a partir de esos emolumentos y el salario base, y, adicionalmente, se ordene la condena de indemnización moratoria.

Liquidación de las comisiones:

Respecto de las comisiones, se debe señalar que están definidas como el porcentaje sobre el precio de las ventas o compras, o sobre el monto de las operaciones, que el empleador efectúa con la colaboración del trabajador.

Definición que se encuentra conforme a lo estatuido en el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto a los elementos constitutivos de salario cuando se refiere a los "porcentajes sobre ventas y comisiones".

En el caso de autos, al revisar el contrato de trabajo en su cláusula sexta, se aprecia que las partes estipularon como remuneración variable la comisión mensual sobre recaudos de proyecto; igualmente, el representante legal de la demandada aceptó en su interrogatorio, que a la demandante se le cancelaba el salario por comisión de venta, afirmación en la que coincide la testigo Diana Rufe Salgado.

Por consiguiente, se hace necesario señalar que en el expediente se encuentran unas políticas comerciales de manera incompleta ya que no se observa quien las suscribió (fols. 25 a 28), un cuadro de comisiones (fol. 28) y las políticas de comisiones para los asesores con vigencia del 1 de enero

de 2004 hasta diciembre de 2004 (fols. 224 a 229) la cual se encuentra suscrita por las partes, a esta última se le dará plena validez máxima cuando en su enunciado se observa que esas comisiones se realizan con base en las establecidas desde el 1 de agosto de 1999.

En las políticas de comisiones se observan varios ítems los cuales son: **a.** comisiones para asesores de producto nuevo, **b.** comisiones para asesores de servicio, **c.** comisiones para asesores de multimarket, **d.** clientes institucionales y **e.** clientes nuevos, dentro de los cuales se incluye como producto la obra civil y el porcentaje de comisión, el que verificado en las pruebas obrantes en el proceso se verifica pagado en su totalidad, tal como lo señaló la juez de primera instancia, por lo que no hay lugar a una reliquidación del mismo. Adicionalmente, no se acredita en el expediente un acuerdo diferente sobre el porcentaje de las comisiones al que fue aplicado por la demandada en los pagos. (fol. 185, 191, 197, 233,

De lo anteriormente señalado, se advierte que la sentencia de primera instancia será confirmada, en la medida que al auscultar el expediente se logra constatar que no existe ningún elemento probatorio con el cual se pueda cuantificar las comisiones en la forma señalada en el recurso de apelación, concluyendo que la promotora de la acción no cumplió con la carga de la prueba señalada en los artículos 164 y 167 del CGP a los que se remite en virtud del artículo 145 del CPTYSS.

A la anterior conclusión se arriba porque de la documental allegada se logra apreciar en cada uno de los proyectos lo siguiente:

A. Banco de Bogotá – centro de cómputo: señala la actora en el hecho 29 que se adeuda \$2.500.000, para lo cual se hace necesario tener en cuenta los correos electrónicos obrantes a folios 52 a 55, factura del banco de Bogotá visible a folio 691 y liquidación de la comisión compartida a folios 176 a 178.

B. Colmena seguros de vida y riesgos: señala la actora en el hecho 31 que se adeuda \$70.754.446 porque no se le canceló el 8% de obra civil porcentaje que no se encuentra demostrado como pactado y según memorando del 8 de marzo de 2016 (folios 231 y 232), se realiza por el 2%, igualmente se tienen en cuenta los correos electrónicos, liquidación de la comisión a folios 193 a 196 y 199 a 209 y los pagos de estas comisiones visibles a folios 191 a 192 y 197 a 198.

C. Banco de Bogotá Barranquilla: como lo señala la actora en el hecho 34 no pudo facturar este proyecto por incumplimiento de la demandada y conforme a factura visible a folio 251 esta se factura el 3 de junio de 2016, fecha en la cual ya había fenecido el vínculo contractual entre las partes y

conforme al parágrafo 2 de la cláusula sexta del contrato de trabajo las comisiones se generan por el recaudo efectuado personalmente por el trabajador durante la vigencia del contrato. (fl. 22).

D. Leasing bancoldex: conforme al hecho 35, se le adeuda \$1.680.000, sin embargo, al verificar la documental se encuentra que fue cancelada en la nómina del mes de octubre como se constata a folio 192 y ss., aunado a que en los correos electrónicos no se observa que la actora haya requerido este pago a la encartada.

E. Fiduciaria Banco de Bogotá: de acuerdo a la documental visible a folios 280 a 281 esta comisión se liquidó junto con la de la Federación Nacional de Cafeteros para un total de \$1.702.599,10 y fue pagada conforme a la documental visible a folio 279.

F. Empresa de Energía de Cundinamarca y Energía Grasco: no se encuentra documental referente a este proyecto en el que se demuestre la actividad de la demandante que generara la comisión.

Finalmente, debe señalarse que la prueba testimonial no es la idónea para acreditar el pago de comisiones, pero si en gracia de discusión se analizara lo dicho por la testigo escuchada en la primera instancia se concluye que nada aporta al debate probatorio, en razón a que manifestó que a la demandante le pagaban comisiones, sin ofrecer mayor ilustración a la Sala sobre este aspecto; igualmente, el representante legal de la demandada manifestó que se pagaban comisiones las que se deducen eran variables sin que especificara la razón de la variabilidad.

En conclusión, los argumentos de disenso expuestos por el recurrente carecen de visos de prosperidad, en la medida que no asumió la carga que le impone el artículo 167 del CGP, en punto de identificar y cuantificar las comisiones que presuntamente no fueron tenidos en cuenta en la liquidación del contrato por lo que se impone la confirmación de la sentencia.

Reliquidación teniendo en cuenta el salario base

En relación con este argumento del recurso de apelación, debe tenerse en cuenta lo señalado por nuestro máximo órgano de cierre en lo que hace referencia a la congruencia de la sentencia porque las decisiones deben ser tomadas en consonancia con los hechos y las pretensiones expuestos en libelo demandatorio.

Al revisar la demanda se advierte que la inclusión del salario base para la reliquidación del contrato como lo solicita el recurrente no está incluida dentro de las pretensiones de la demanda tal y como se constata a folio 111

a 112, se evidencia que la parte actora tampoco reformó la demanda, aunado a que en la etapa de fijación del litigio no se incluyó la pretensión relacionada con el ingreso base de la actora, decisión que no fue objeto de reproche por parte del ahora recurrente.

El A-quo no se pronunció respecto de la pretensión analizada, en virtud de las facultades ultra y extra petita que si fueron solicitadas por la actora de manera que a este Tribunal le está totalmente vedado ocuparse de la misma.

Si bien no se desconoce que una de las obligaciones del juez es realizar una verdadera interpretación de lo que se pretende, solamente en los casos en que sea necesario, debe señalarse que en este asunto, a pesar de que en los hechos de la demanda se menciona que la demandada no ha cancelado el salario base, no existe una petición en tal sentido.

Adicionalmente, conviene precisar que el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo, asigna la competencia sobre las facultades extra y ultra petita a los jueces de única y primera instancia.

Indemnización moratoria:

La sanción moratoria es aplicable al empleador cuando concluye un vínculo laboral y omite cancelarle al trabajador los salarios o prestaciones sociales a que tiene derecho, la cual no es de aplicación automática. El juez tiene el deber de estudiar las pruebas incorporadas al proceso a fin de establecer si la conducta del empleador estuvo o no justificada.

La Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, en sentencia SL-4076-2017 radicado 49721, señaló que para imponer la sanción moratoria en cada caso se debe estudiar de manera particular la conducta del empleador para determinar si existió una actuación carente de buena fe, lo que ha sido reiterado en muchas sentencias.

En el presente proceso, revisada las pruebas se acredita que la demandada adeuda a la demandante la suma de \$6.102.606 por concepto de liquidación sin que se demuestre por la parte pasiva razones que den lugar a señalar su actuar de buena fe al justificar las causas que dieron lugar al incumplimiento. Aunque no se desconoce que MULTIPROYECTOS S.A. fue admitida a proceso de reorganización mediante auto del 8 de noviembre de 2018 proferido por la Superintendencia de Sociedades y que el 3 de octubre de 2018, se decretó la apertura del trámite de liquidación judicial. (fl. 159-168), esto no era óbice para que pague la suma adeudada porque dicha situación ocurrió en fecha posterior a la fecha de finalización del vínculo

laboral que unió a las partes, de forma que no existiendo en nuestro ordenamiento laboral plazo diferente a la fecha de finalización del vínculo para el pago de la liquidación de los trabajadores, ni causa que justifique el retardo a partir de ese momento, la sociedad demandada se encuentra en mora con la gestora del proceso, y por ende hay lugar a condenar al pago de la indemnización del artículo 65 del CST.

Si bien los trabajadores en virtud del principio de la ajenidad de los riesgos, consagrado en el artículo 28 del CST, no pueden ni deben asumir los riesgos ni las pérdidas de la empresa, tal como lo señala el apelante en el escrito de alegaciones, no se puede pasar inadvertido que el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006 señala que a partir de la fecha de presentación de la solicitud de admisión al proceso de reorganización se le prohíbe al empresario realizar pagos, transacciones o acuerdos tendientes a conjurar obligaciones a su cargo, salvo que exista autorización por el juez.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia de 26 de noviembre de 2014, proferida en el proceso identificado con la radicación 45523, realizó un recuento jurisprudencial respecto de empleadores que se acogieron a la Ley 550 de 1990, que si bien no es la norma que se aplicó a la demandada para la reorganización, porque fue la Ley 1116 de 2006, si es relevante porque en ella se señala los criterios para el examen de buena fe de un empleador que se acoge a los mecanismos legales que puedan favorecerla para el pago de las deudas, entre ellos, el de determinar si cumplió con las cargas establecidas en dicho proceso, así mismo, recapituló respecto de la limitación de la indemnización hasta el momento en que se nombró promotor en razón al desplazamiento del empleador por el agente estatal, y las limitaciones que esto implica.

Si bien es cierto, la Ley 550 de 1990 y la Ley 1116 de 2006 tienen como objetivo primordial la recuperación económica de la empresa y por ello las medidas son tendientes a ese objetivo, no se debe desconocer sus diferencias, entre ellas, que en la primera se autorizaba la realización de los acuerdos, pero no se ordenaba medidas cautelares; mientras que en la segunda, desde el auto que inicia el procedimiento, el juez o la entidad competente puede ordenar medidas cautelares, esto es, la limitación en la administración de los bienes.

En el presente proceso, no existe controversia que la demandada se acogió al proceso de reorganización, el que fue admitido y generó una serie de limitaciones en la administración en pos de que esta recuperara su función social; razón por la que se revocara la decisión de primera instancia en el sentido de señalar que si hay lugar a la indemnización que se calculará

desde el momento de la terminación del contrato de trabajo y hasta la fecha de la admisión de la empresa al proceso de reorganización -3 de octubre de 2018- fecha a partir de la cual, a juicio de la Sala existe una serie de medidas que limitan las decisiones de administración de la empresa en pro de que esta recupere su función social.

Por lo anterior, sale avante el argumento dado por el apoderado de la demandante en donde requiere que la moratoria se efectuó al menos hasta la fecha de reorganización, así las cosas, y de acuerdo con el artículo 65 del CST modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002 hay lugar a la condena la cual se liquidara teniendo en cuenta el salario diario del último promedio probado para el trabajador en la certificación laboral que es de \$314.610 por los primeros 24 meses subsiguientes a la terminación del contrato de trabajo, y a partir del mes 25 se pagarán los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación, según certificado de la Superintendencia Financiera, hasta el día 3 de octubre de 2018, fecha en que se admitió a la demandada en el proceso de reorganización. Ello, teniendo en cuenta que la actora presentó la demanda dentro de los 24 meses siguientes a la culminación del nexo contractual.

Por lo anterior se revocará el numeral sexto de la sentencia de primera instancia.

COSTAS: no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR EL NUMERAL SEXTO, de la sentencia proferida el 3 de marzo de 2020 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá y en su lugar, **CONDENAR** a la demandada al pago de la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST a razón de \$314.610 diarios hasta el mes 24 y a partir del mes 25 intereses moratorios hasta el día 3 de octubre de 2018, a favor de la señora **NAYIBE XIOMARA ARRIAGA OSORIO**.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia proferida el 3 de marzo de 2020 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Original firmado)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

(Original firmado)

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado

(Salvamento de voto parcial)

(Original firmado)

DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO

Demandante: Nicolás Antonio Cortes Morcillo
Demandado: Colpensiones y otros
Radicado: 110013105 039 2018 00385 01

Con el acostumbrado respeto, me permito apartarme de decisión mayoritaria, al considerar que en el caso bajo estudio, **la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad demandada**, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró haber brindado **a la accionante** al momento de la afiliación o con posterioridad, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse del el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Lo anterior, se edifica en que la característica fundamental para la selección de régimen pensional, es que la misma sea libre y voluntaria por parte del afiliado, conforme el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; igualmente, el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada y, permite realizar una nueva en forma libre y espontánea.

También, desde la expedición del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; el artículo 4° decreto 656 de 1994 y el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, dispusieron las obligaciones de las AFP de ofrecer un servicio eficiente, eficaz, y oportuno a los usuarios, brindándoles la información necesaria para tomar la decisión de afiliarse y permanecer en el régimen pensional. Premisa que conforme a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas

públicos y privados de pensiones, pero también la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible, pues, solo así, se entenderá que el asesor o promotor del fondo pensional ha emitido un consejo, sugerencia o recomendación de manera completa en atención a las situaciones particulares del afiliado (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018; STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Paralelamente, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL1421 de 2019, la misma corporación indicó que, el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía "a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada", la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. **Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado.**

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que, para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688-2019 y SL1452-2019. Ello es así también, porque considero que las "expectativas legítimas" es un concepto vacío que no puede ser llenado por el intérprete de manera subjetiva sin la existencia de unas reglas claras y objetivas, so pena de transgredir el derecho fundamental a la igualdad.

También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en aplicación del artículo 1604 del Código Civil, señaló que en tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

En el presente asunto, ninguna confesión se colige del interrogatorio de parte surtido por la demandante de conformidad con el artículo 191 del Código General del Proceso, dado que no se advierte del mismo que le hubieren ilustrado al momento del traslado o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que por ley tenía para trasladarse, acerca de las características, condiciones, acceso, servicios, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, en un lenguaje claro, simple y comprensible. Se reitera que no existe libertad informada cuando la persona desconoce realmente de los efectos que pueda acarrearle el cambio de régimen, de allí, la gran importancia de la carga de la prueba en cabeza de la administradora de pensiones, en demostrar que el cambio de régimen fue lo suficientemente informado.

Finalmente, frente a la **inconveniencia financiera del sistema pensional** esbozada, considero que la sostenibilidad del sistema no se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su **vida productiva**, en los cuales se **edifica el financiamiento de la pensión** según los principios que inspiran el sistema de seguridad social (Ley 100 de 1993), serán devueltos con sus rendimientos y gastos de administración al régimen de prima media con prestación definida.

De todas maneras, cualquier discusión frente al déficit o sostenimiento financiero que pudiera generarle la decisión de ineficacia del traslado al régimen de prima media con prestación definida, se encontraría superada con el resarcimiento de los perjuicios que puede obtener Colpensiones a través de la acción judicial correspondiente en contra de las administradoras de fondo de pensiones del sistema de ahorro individual que incurrieron en la falta al deber de información del afiliado, de conformidad con el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, el cual señala que: **"Cualquier infracción, error u omisión -en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados-**

en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad administradora respecto de la cual adelante de sus labores de promoción o con la cual, con ocasión de su gestión, se hubiere realizado la respectiva vinculación sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones.”

En consecuencia, para el suscrito Magistrado se configuró una violación del deber de información, lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, que no puede entenderse superada con las respuestas que dio la demandante en el interrogatorio de parte, la suscripción del formulario de afiliación y tampoco por las cotizaciones efectuadas en el RAIS, por lo que resulta procedente declarar la ineficacia del traslado e imponer las consecuentes condenas.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO

Demandante: Nidia Luceny Caballero Montoya
Demandado: Colpensiones y otros
Radicado: 110013105 015 2018 00483 01

Con el acostumbrado respeto, me permito apartarme de decisión mayoritaria, al considerar que en el caso bajo estudio, **la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad demandada**, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró haber brindado **a la accionante** al momento de la afiliación o con posterioridad, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse del el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Lo anterior, se edifica en que la característica fundamental para la selección de régimen pensional, es que la misma sea libre y voluntaria por parte del afiliado, conforme el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; igualmente, el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada y, permite realizar una nueva en forma libre y espontánea.

También, desde la expedición del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; el artículo 4º decreto 656 de 1994 y el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, dispusieron las obligaciones de las AFP de ofrecer un servicio eficiente, eficaz, y oportuno a los usuarios, brindándoles la información necesaria para tomar la decisión de afiliarse y permanecer en el régimen pensional. Premisa que conforme a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regimenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas

públicos y privados de pensiones, pero también la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible, pues, solo así, se entenderá que el asesor o promotor del fondo pensional ha emitido un consejo, sugerencia o recomendación de manera completa en atención a las situaciones particulares del afiliado (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018; STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Paralelamente, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL1421 de 2019, la misma corporación indicó que, el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”*, la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. **Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado.**

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que, para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688-2019 y SL1452-2019. Ello es así también, porque considero que las *“expectativas legítimas”* es un concepto vacío que no puede ser llenado por el intérprete de manera subjetiva sin la existencia de unas reglas claras y objetivas, so pena de transgredir el derecho fundamental a la igualdad.

También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en aplicación del artículo 1604 del Código Civil, señaló que en tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

En el presente asunto, ninguna confesión se colige del interrogatorio de parte surtido por la demandante de conformidad con el artículo 191 del Código General del Proceso, dado que no se advierte del mismo que le hubieren ilustrado al momento del traslado o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que por ley tenía para trasladarse, acerca de las características, condiciones, acceso, servicios, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, en un lenguaje claro, simple y comprensible. Se reitera que no existe libertad informada cuando la persona desconoce realmente de los efectos que pueda acarrearle el cambio de régimen, de allí, la gran importancia de la carga de la prueba en cabeza de la administradora de pensiones, en demostrar que el cambio de régimen fue lo suficientemente informado.

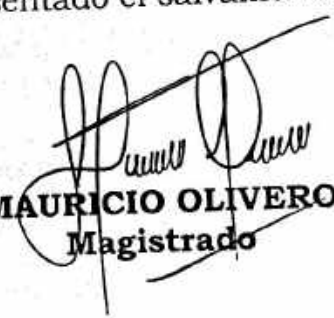
Finalmente, frente a la **inconveniencia financiera del sistema pensional** esbozada, considero que la sostenibilidad del sistema no se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su **vida productiva**, en los cuales se **edifica el financiamiento de la pensión** según los principios que inspiran el sistema de seguridad social (Ley 100 de 1993), serán devueltos con sus rendimientos y gastos de administración al régimen de prima media con prestación definida.

De todas maneras, cualquier discusión frente al déficit o sostenimiento financiero que pudiera generarle la decisión de ineficacia del traslado al régimen de prima media con prestación definida, se encontraría superada con el resarcimiento de los perjuicios que puede obtener Colpensiones a través de la acción judicial correspondiente en contra de las administradoras de fondo de pensiones del sistema de ahorro individual que incurrieron en la falta al deber de información del afiliado, de conformidad con el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, el cual señala que: **"Cualquier infracción, error u omisión -en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados-**

en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad administradora respecto de la cual adelante de sus labores de promoción o con la cual, con ocasión de su gestión, se hubiere realizado la respectiva vinculación sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones."

En consecuencia, para el suscrito Magistrado se configuró una violación del deber de información, lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, que no puede entenderse superada con las respuestas que dio el demandante en el interrogatorio de parte, la suscripción del formulario de afiliación y tampoco por las cotizaciones efectuadas en el RAIS, por lo que resulta procedente declarar la ineficacia del traslado e imponer las consecuentes condenas.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO

Demandante: Blanca Patricia Pinzón
Demandado: Colpensiones y otros
Radicado: 110013105 007 2018 00573 01

Con el acostumbrado respeto, me permito apartarme de decisión mayoritaria, al considerar que en el caso bajo estudio, **la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad demandada**, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró haber brindado **a la accionante** al momento de la afiliación o con posterioridad, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse del el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Lo anterior, se edifica en que la característica fundamental para la selección de régimen pensional, es que la misma sea libre y voluntaria por parte del afiliado, conforme el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; igualmente, el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada y, permite realizar una nueva en forma libre y espontánea.

También, desde la expedición del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; el artículo 4º decreto 656 de 1994 y el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, dispusieron las obligaciones de las AFP de ofrecer un servicio eficiente, eficaz, y oportuno a los usuarios, brindándoles la información necesaria para tomar la decisión de afiliarse y permanecer en el régimen pensional. Premisa que conforme a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas

públicos y privados de pensiones, pero también la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible, pues, solo así, se entenderá que el asesor o promotor del fondo pensional ha emitido un consejo, sugerencia o recomendación de manera completa en atención a las situaciones particulares del afiliado (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018; STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Paralelamente, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL1421 de 2019, la misma corporación indicó que, el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía "a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada", la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. **Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado.**

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que, para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688-2019 y SL1452-2019. Ello es así también, porque considero que las "expectativas legítimas" es un concepto vacío que no puede ser llenado por el intérprete de manera subjetiva sin la existencia de unas reglas claras y objetivas, so pena de transgredir el derecho fundamental a la igualdad.

También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en aplicación del artículo 1604 del Código Civil, señaló que en tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

En el presente asunto, ninguna confesión se colige del interrogatorio de parte surtido por la demandante de conformidad con el artículo 191 del Código General del Proceso, dado que no se advierte del mismo que le hubieren ilustrado al momento del traslado o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que por ley tenía para trasladarse, acerca de las características, condiciones, acceso, servicios, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, en un lenguaje claro, simple y comprensible. Se reitera que no existe libertad informada cuando la persona desconoce realmente de los efectos que pueda acarrearle el cambio de régimen, de allí, la gran importancia de la carga de la prueba en cabeza de la administradora de pensiones, en demostrar que el cambio de régimen fue lo suficientemente informado.

Finalmente, frente a la **inconveniencia financiera del sistema pensional** esbozada, considero que la sostenibilidad del sistema no se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su **vida productiva**, en los cuales se **edifica el financiamiento de la pensión** según los principios que inspiran el sistema de seguridad social (Ley 100 de 1993), serán devueltos con sus rendimientos y gastos de administración al régimen de prima media con prestación definida.

De todas maneras, cualquier discusión frente al déficit o sostenimiento financiero que pudiera generarle la decisión de ineficacia del traslado al régimen de prima media con prestación definida, se encontraría superada con el resarcimiento de los perjuicios que puede obtener Colpensiones a través de la acción judicial correspondiente en contra de las administradoras de fondo de pensiones del sistema de ahorro individual que incurrieron en la falta al deber de información del afiliado, de conformidad con el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, el cual señala que: **"Cualquier infracción, error u omisión -en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados-**

Rad. 110013105 007 2018 00573 01

en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad administradora respecto de la cual adelante de sus labores de promoción o con la cual, con ocasión de su gestión, se hubiere realizado la respectiva vinculación sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones."

En consecuencia, para el suscrito Magistrado se configuró una violación del deber de información, lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, que no puede entenderse superada con las respuestas que dio la demandante en el interrogatorio de parte, la suscripción del formulario de afiliación y tampoco por las cotizaciones efectuadas en el RAIS, por lo que resulta procedente declarar la ineficacia del traslado e imponer las consecuentes condenas.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO

Demandante: Alexandra Mateus Cortes
Demandado: Colpensiones y otros
Radicado: 110013105 033 2018 00014 01

Con el acostumbrado respeto, me permito apartarme de decisión mayoritaria, al considerar que en el caso bajo estudio, **la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad demandada**, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró haber brindado **a la accionante** al momento de la afiliación o con posterioridad, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse del el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Lo anterior, se edifica en que la característica fundamental para la selección de régimen pensional, es que la misma sea libre y voluntaria por parte del afiliado, conforme el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; igualmente, el artículo 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada y, permite realizar una nueva en forma libre y espontánea.

También, desde la expedición del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; el artículo 4º decreto 656 de 1994 y el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, dispusieron las obligaciones de las AFP de ofrecer un servicio eficiente, eficaz, y oportuno a los usuarios, brindándoles la información necesaria para tomar la decisión de afiliarse y permanecer en el régimen pensional. Premisa que conforme a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas

públicos y privados de pensiones, pero también la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible, pues, solo así, se entenderá que el asesor o promotor del fondo pensional ha emitido un consejo, sugerencia o recomendación de manera completa en atención a las situaciones particulares del afiliado (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018; STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Paralelamente, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL1421 de 2019, la misma corporación indicó que, el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”*, la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. **Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado.**

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que, para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688-2019 y SL1452-2019. Ello es así también, porque considero que las *“expectativas legítimas”* es un concepto vacío que no puede ser llenado por el intérprete de manera subjetiva sin la existencia de unas reglas claras y objetivas, so pena de transgredir el derecho fundamental a la igualdad.

También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en aplicación del artículo 1604 del Código Civil, señaló que en tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

En el presente asunto, ninguna confesión se colige del interrogatorio de parte surtido por la demandante de conformidad con el artículo 191 del Código General del Proceso, dado que no se advierte del mismo que le hubieren ilustrado al momento del traslado o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que por ley tenía para trasladarse, acerca de las características, condiciones, acceso, servicios, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, en un lenguaje claro, simple y comprensible. Se reitera que no existe libertad informada cuando la persona desconoce realmente de los efectos que pueda acarrearle el cambio de régimen, de allí, la gran importancia de la carga de la prueba en cabeza de la administradora de pensiones, en demostrar que el cambio de régimen fue lo suficientemente informado.

Finalmente, frente a la **inconveniencia financiera del sistema pensional** esbozada, considero que la sostenibilidad del sistema no se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su **vida productiva**, en los cuales se **edifica el financiamiento de la pensión** según los principios que inspiran el sistema de seguridad social (Ley 100 de 1993), serán devueltos con sus rendimientos y gastos de administración al régimen de prima media con prestación definida.


De todas maneras, cualquier discusión frente al déficit o sostenimiento financiero que pudiera generarle la decisión de ineficacia del traslado al régimen de prima media con prestación definida, se encontraría superada con el resarcimiento de los perjuicios que puede obtener Colpensiones a través de la acción judicial correspondiente en contra de las administradoras de fondo de pensiones del sistema de ahorro individual que incurrieron en la falta al deber de información del afiliado, de conformidad con el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, el cual señala que: ***"Cualquier infracción, error u omisión -en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados-***

Rad. 110013105 033 2018 00014 01

en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad administradora respecto de la cual adelante de sus labores de promoción o con la cual, con ocasión de su gestión, se hubiere realizado la respectiva vinculación sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones."

En consecuencia, para el suscrito Magistrado se configuró una violación del deber de información, lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, que no puede entenderse superada con las respuestas que dio la demandante en el interrogatorio de parte, la suscripción del formulario de afiliación y tampoco por las cotizaciones efectuadas en el RAIS, por lo que resulta procedente declarar la ineficacia del traslado e imponer las consecuentes condenas.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO

Demandante: Nancy Guevara Rocha
Demandado: Colpensiones y otros
Radicado: 110013105 002 2018 00386 01

Con el acostumbrado respeto, me permito apartarme de decisión mayoritaria, al considerar que en el caso bajo estudio, **la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad demandada**, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró haber brindado **a la accionante** al momento de la afiliación o con posterioridad, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse del el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Lo anterior, se edifica en que la característica fundamental para la selección de régimen pensional, es que la misma sea libre y voluntaria por parte del afiliado, conforme el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; igualmente, el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada y, permite realizar una nueva en forma libre y espontánea.

También, desde la expedición del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; el artículo 4º decreto 656 de 1994 y el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, dispusieron las obligaciones de las AFP de ofrecer un servicio eficiente, eficaz, y oportuno a los usuarios, brindándoles la información necesaria para tomar la decisión de afiliarse y permanecer en el régimen pensional. Premisa que conforme a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regimenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas

públicos y privados de pensiones, pero también la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible, pues, solo así, se entenderá que el asesor o promotor del fondo pensional ha emitido un consejo, sugerencia o recomendación de manera completa en atención a las situaciones particulares del afiliado (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018; STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Paralelamente, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL1421 de 2019, la misma corporación indicó que, el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”, la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. **Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado.**

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que, para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688-2019 y SL1452-2019. Ello es así también, porque considero que las “expectativas legítimas” es un concepto vacío que no puede ser llenado por el intérprete de manera subjetiva sin la existencia de unas reglas claras y objetivas, so pena de transgredir el derecho fundamental a la igualdad.

También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en aplicación del artículo 1604 del Código Civil, señaló que en tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

En el presente asunto, ninguna confesión se colige del interrogatorio de parte surtido por la demandante de conformidad con el artículo 191 del Código General del Proceso, dado que no se advierte del mismo que le hubieren ilustrado al momento del traslado o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que por ley tenía para trasladarse, acerca de las características, condiciones, acceso, servicios, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, en un lenguaje claro, simple y comprensible. Se reitera que no existe libertad informada cuando la persona desconoce realmente de los efectos que pueda acarrearle el cambio de régimen, de allí, la gran importancia de la carga de la prueba en cabeza de la administradora de pensiones, en demostrar que el cambio de régimen fue lo suficientemente informado.


Finalmente, frente a la **inconveniencia financiera del sistema pensional** esbozada, considero que la sostenibilidad del sistema no se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su **vida productiva**, en los cuales se **edifica el financiamiento de la pensión** según los principios que inspiran el sistema de seguridad social (Ley 100 de 1993), serán devueltos con sus rendimientos y gastos de administración al régimen de prima media con prestación definida.

De todas maneras, cualquier discusión frente al déficit o sostenimiento financiero que pudiera generarle la decisión de ineficacia del traslado al régimen de prima media con prestación definida, se encontraría superada con el resarcimiento de los perjuicios que puede obtener Colpensiones a través de la acción judicial correspondiente en contra de las administradoras de fondo de pensiones del sistema de ahorro individual que incurrieron en la falta al deber de información del afiliado, de conformidad con el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, el cual señala que: **"Cualquier infracción, error u omisión -en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados-**

en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad administradora respecto de la cual adelante de sus labores de promoción o con la cual, con ocasión de su gestión, se hubiere realizado la respectiva vinculación sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones."

En consecuencia, para el suscrito Magistrado se configuró una violación del deber de información, lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, que no puede entenderse superada con las respuestas que dio el demandante en el interrogatorio de parte, la suscripción del formulario de afiliación y tampoco por las cotizaciones efectuadas en el RAIS, por lo que resulta procedente declarar la ineficacia del traslado e imponer las consecuentes condenas.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO

Demandante: Olga Marcela Bohórquez
Demandado: Colpensiones y otros
Radicado: 110013105 028 2016 00580 01

Con el acostumbrado respeto, me permito apartarme de decisión mayoritaria, al considerar que en el caso bajo estudio la demandante en estricto sentido no ha sido pensionada por **la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad demandada**, quien incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró haber brindado **a la accionante** al momento de la afiliación o con posterioridad, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse del el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Lo anterior, se edifica en que la característica fundamental para la selección de régimen pensional, es que la misma sea libre y voluntaria por parte del afiliado, conforme el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; igualmente, el artículo 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada y, permite realizar una nueva en forma libre y espontánea.

También, desde la expedición del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; el artículo 4º decreto 656 de 1994 y el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, dispusieron las obligaciones de las AFP de ofrecer un servicio eficiente, eficaz, y oportuno a los usuarios, brindándoles la información necesaria para tomar la decisión de afiliarse y permanecer en el régimen pensional. Premisa que conforme a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de

modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, pero también la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible, pues, solo así, se entenderá que el asesor o promotor del fondo pensional ha emitido un consejo, sugerencia o recomendación de manera completa en atención a las situaciones particulares del afiliado (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018; STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Paralelamente, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL1421 de 2019, la misma corporación indicó que, el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”*, la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. **Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado.**

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que, para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688-2019 y SL1452-2019. Ello es así también, porque considero que las *“expectativas legítimas”* es un concepto vacío que no puede ser llenado por el intérprete de manera subjetiva sin la existencia de unas reglas claras y objetivas, so pena de transgredir el derecho fundamental a la igualdad.

También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en aplicación del artículo 1604 del Código Civil, señaló que en tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

En el presente asunto, ninguna confesión se colige del interrogatorio de parte surtido por la demandante de conformidad con el artículo 191 del Código General del Proceso, dado que no se advierte del mismo que le hubieren ilustrado al momento del traslado o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que por ley tenía para trasladarse, acerca de las características, condiciones, acceso, servicios, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, en un lenguaje claro, simple y comprensible. Se reitera que no existe libertad informada cuando la persona desconoce realmente de los efectos que pueda acarrearle el cambio de régimen, de allí, la gran importancia de la carga de la prueba en cabeza de la administradora de pensiones, en demostrar que el cambio de régimen fue lo suficientemente informado.


Finalmente, frente a la **inconveniencia financiera del sistema pensional** esbozada, considero que la sostenibilidad del sistema no se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su **vida productiva**, en los cuales se **edifica el financiamiento de la pensión** según los principios que inspiran el sistema de seguridad social (Ley 100 de 1993), serán devueltos con sus rendimientos y gastos de administración al régimen de prima media con prestación definida.

De todas maneras, cualquier discusión frente al déficit o sostenimiento financiero que pudiera generarle la decisión de ineficacia del traslado al régimen de prima media con prestación definida, se encontraría superada con el resarcimiento de los perjuicios que puede obtener Colpensiones a través de la acción judicial correspondiente en contra de las administradoras de fondo de pensiones del sistema de ahorro individual que incurrieron en la falta al deber de información del afiliado, de conformidad con el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, el cual señala que: **"Cualquier infracción, error u omisión -en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados-**

en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad administradora respecto de la cual adelante de sus labores de promoción o con la cual, con ocasión de su gestión, se hubiere realizado la respectiva vinculación sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones."

En consecuencia, para el suscrito Magistrado se configuró una violación del deber de información, lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, que no puede entenderse superada con las respuestas que dio el demandante en el interrogatorio de parte, la suscripción del formulario de afiliación y tampoco por las cotizaciones efectuadas en el RAIS, por lo que resulta procedente declarar la ineficacia del traslado e imponer las consecuentes condenas.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO

Demandante: Rosana Prieto Rojas
Demandado: Colpensiones y otros
Radicado: 110013105 004 2019 00082 01

Con el acostumbrado respeto, me permito apartarme de decisión mayoritaria, al considerar que en el caso bajo estudio, **la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad demandada**, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró haber brindado **a la accionante** al momento de la afiliación o con posterioridad, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse del el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Lo anterior, se edifica en que la característica fundamental para la selección de régimen pensional, es que la misma sea libre y voluntaria por parte del afiliado, conforme el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; igualmente, el artículo 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada y, permite realizar una nueva en forma libre y espontánea.

También, desde la expedición del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; el artículo 4º decreto 656 de 1994 y el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, dispusieron las obligaciones de las AFP de ofrecer un servicio eficiente, eficaz, y oportuno a los usuarios, brindándoles la información necesaria para tomar la decisión de afiliarse y permanecer en el régimen pensional. Premisa que conforme a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas

públicos y privados de pensiones, pero también la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible, pues, solo así, se entenderá que el asesor o promotor del fondo pensional ha emitido un consejo, sugerencia o recomendación de manera completa en atención a las situaciones particulares del afiliado (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018; STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Paralelamente, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL1421 de 2019, la misma corporación indicó que, el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”*, la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. **Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado.**

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que, para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688-2019 y SL1452-2019. Ello es así también, porque considero que las *“expectativas legítimas”* es un concepto vacío que no puede ser llenado por el intérprete de manera subjetiva sin la existencia de unas reglas claras y objetivas, so pena de transgredir el derecho fundamental a la igualdad.

También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en aplicación del artículo 1604 del Código Civil, señaló que en tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

En el presente asunto, ninguna confesión se colige del interrogatorio de parte surtido por la demandante de conformidad con el artículo 191 del Código General del Proceso, dado que no se advierte del mismo que le hubieren ilustrado al momento del traslado o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que por ley tenía para trasladarse, acerca de las características, condiciones, acceso, servicios, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, en un lenguaje claro, simple y comprensible. Se reitera que no existe libertad informada cuando la persona desconoce realmente de los efectos que pueda acarrearle el cambio de régimen, de allí, la gran importancia de la carga de la prueba en cabeza de la administradora de pensiones, en demostrar que el cambio de régimen fue lo suficientemente informado.


Finalmente, frente a la **inconveniencia financiera del sistema pensional** esbozada, considero que la sostenibilidad del sistema no se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su **vida productiva**, en los cuales se **edifica el financiamiento de la pensión** según los principios que inspiran el sistema de seguridad social (Ley 100 de 1993), serán devueltos con sus rendimientos y gastos de administración al régimen de prima media con prestación definida.

De todas maneras, cualquier discusión frente al déficit o sostenimiento financiero que pudiera generarle la decisión de ineficacia del traslado al régimen de prima media con prestación definida, se encontraría superada con el resarcimiento de los perjuicios que puede obtener Colpensiones a través de la acción judicial correspondiente en contra de las administradoras de fondo de pensiones del sistema de ahorro individual que incurrieron en la falta al deber de información del afiliado, de conformidad con el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, el cual señala que: ***"Cualquier infracción, error u omisión -en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados-***

en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad administradora respecto de la cual adelante de sus labores de promoción o con la cual, con ocasión de su gestión, se hubiere realizado la respectiva vinculación sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones.”

En consecuencia, para el suscrito Magistrado se configuró una violación del deber de información, lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, que no puede entenderse superada con las respuestas que dio la demandante en el interrogatorio de parte, la suscripción del formulario de afiliación y tampoco por las cotizaciones efectuadas en el RAIS, por lo que resulta procedente declarar la ineficacia del traslado e imponer las consecuentes condenas.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO

Demandante: Maria Del Consuelo García
Demandado: Colpensiones y otros
Radicado: 110013105 039 2017 00652 01

Con el acostumbrado respeto, me permito apartarme de decisión mayoritaria, al considerar que en el caso bajo estudio, **la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad demandada**, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró haber brindado **a la accionante** al momento de la afiliación o con posterioridad, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse del el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Lo anterior, se edifica en que la característica fundamental para la selección de régimen pensional, es que la misma sea libre y voluntaria por parte del afiliado, conforme el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; igualmente, el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada y, permite realizar una nueva en forma libre y espontánea.

También, desde la expedición del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; el artículo 4º decreto 656 de 1994 y el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, dispusieron las obligaciones de las AFP de ofrecer un servicio eficiente, eficaz, y oportuno a los usuarios, brindándoles la información necesaria para tomar la decisión de afiliarse y permanecer en el régimen pensional. Premisa que conforme a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regimenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas

públicos y privados de pensiones, pero también la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible, pues, solo así, se entenderá que el asesor o promotor del fondo pensional ha emitido un consejo, sugerencia o recomendación de manera completa en atención a las situaciones particulares del afiliado (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018; STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Paralelamente, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL1421 de 2019, la misma corporación indicó que, el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"*, la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. **Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado.**

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que, para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688-2019 y SL1452-2019. Ello es así también, porque considero que las *"expectativas legítimas"* es un concepto vacío que no puede ser llenado por el intérprete de manera subjetiva sin la existencia de unas reglas claras y objetivas, so pena de transgredir el derecho fundamental a la igualdad.

También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en aplicación del artículo 1604 del Código Civil, señaló que en tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

En el presente asunto, ninguna confesión se colige del interrogatorio de parte surtido por la demandante de conformidad con el artículo 191 del Código General del Proceso, dado que no se advierte del mismo que le hubieren ilustrado al momento del traslado o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que por ley tenía para trasladarse, acerca de las características, condiciones, acceso, servicios, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, en un lenguaje claro, simple y comprensible. Se reitera que no existe libertad informada cuando la persona desconoce realmente de los efectos que pueda acarrearle el cambio de régimen, de allí, la gran importancia de la carga de la prueba en cabeza de la administradora de pensiones, en demostrar que el cambio de régimen fue lo suficientemente informado.

Finalmente, frente a la **inconveniencia financiera del sistema pensional** esbozada, considero que la sostenibilidad del sistema no se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su **vida productiva**, en los cuales se **edifica el financiamiento de la pensión** según los principios que inspiran el sistema de seguridad social (Ley 100 de 1993), serán devueltos con sus rendimientos y gastos de administración al régimen de prima media con prestación definida.

De todas maneras, cualquier discusión frente al déficit o sostenimiento financiero que pudiera generarle la decisión de ineficacia del traslado al régimen de prima media con prestación definida, se encontraría superada con el resarcimiento de los perjuicios que puede obtener Colpensiones a través de la acción judicial correspondiente en contra de las administradoras de fondo de pensiones del sistema de ahorro individual que incurrieron en la falta al deber de información del afiliado, de conformidad con el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, el cual señala que: **"Cualquier infracción, error u omisión -especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados-**

en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad administradora respecto de la cual adelante de sus labores de promoción o con la cual, con ocasión de su gestión, se hubiere realizado la respectiva vinculación sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones."

En consecuencia, para el suscrito Magistrado se configuró una violación del deber de información, lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, que no puede entenderse superada con las respuestas que dio la demandante en el interrogatorio de parte, la suscripción del formulario de afiliación y tampoco por las cotizaciones efectuadas en el RAIS, por lo que resulta procedente declarar la ineficacia del traslado e imponer las consecuentes condenas.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO

Demandante: Ingrid Patricia Gutiérrez
Demandado: Colpensiones y otros
Radicado: 110013105 020 2019 00282 01

Con el acostumbrado respeto, me permito apartarme de decisión mayoritaria, al considerar que en el caso bajo estudio, **la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad demandada**, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró haber brindado **a la accionante** al momento de la afiliación o con posterioridad, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse del el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Lo anterior, se edifica en que la característica fundamental para la selección de régimen pensional, es que la misma sea libre y voluntaria por parte del afiliado, conforme el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; igualmente, el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada y, permite realizar una nueva en forma libre y espontánea.

También, desde la expedición del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; el artículo 4º decreto 656 de 1994 y el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, dispusieron las obligaciones de las AFP de ofrecer un servicio eficiente, eficaz, y oportuno a los usuarios, brindándoles la información necesaria para tomar la decisión de afiliarse y permanecer en el régimen pensional. Premisa que conforme a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regimenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas

públicos y privados de pensiones, pero también la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible, pues, solo así, se entenderá que el asesor o promotor del fondo pensional ha emitido un consejo, sugerencia o recomendación de manera completa en atención a las situaciones particulares del afiliado (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008, CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018; STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Paralelamente, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL1421 de 2019, la misma corporación indicó que, el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía "*a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada*", la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. **Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado.**

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que, para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688-2019 y SL1452-2019. Ello es así también, porque considero que las "*expectativas legítimas*" es un concepto vacío que no puede ser llenado por el intérprete de manera subjetiva sin la existencia de unas reglas claras y objetivas, so pena de transgredir el derecho fundamental a la igualdad.

También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en aplicación del artículo 1604 del Código Civil, señaló que en tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

En el presente asunto, ninguna confesión se colige del interrogatorio de parte surtido por la demandante de conformidad con el artículo 191 del Código General del Proceso, dado que no se advierte del mismo que le hubieren ilustrado al momento del traslado o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que por ley tenía para trasladarse, acerca de las características, condiciones, acceso, servicios, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, en un lenguaje claro, simple y comprensible. Se reitera que no existe libertad informada cuando la persona desconoce realmente de los efectos que pueda acarrearle el cambio de régimen, de allí, la gran importancia de la carga de la prueba en cabeza de la administradora de pensiones, en demostrar que el cambio de régimen fue lo suficientemente informado.


Finalmente, frente a la **inconveniencia financiera del sistema pensional** esbozada, considero que la sostenibilidad del sistema no se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su **vida productiva**, en los cuales se **edifica el financiamiento de la pensión** según los principios que inspiran el sistema de seguridad social (Ley 100 de 1993), serán devueltos con sus rendimientos y gastos de administración al régimen de prima media con prestación definida.

De todas maneras, cualquier discusión frente al déficit o sostenimiento financiero que pudiera generarle la decisión de ineficacia del traslado al régimen de prima media con prestación definida, se encontraría superada con el resarcimiento de los perjuicios que puede obtener Colpensiones a través de la acción judicial correspondiente en contra de las administradoras de fondo de pensiones del sistema de ahorro individual que incurrieron en la falta al deber de información del afiliado, de conformidad con el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, el cual señala que: **"Cualquier infracción, error u omisión -en**

especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados- en que incurran los promotores de las sociedades administradoras del sistema general de pensiones en el desarrollo de su actividad compromete la responsabilidad de la sociedad administradora respecto de la cual adelante de sus labores de promoción o con la cual, con ocasión de su gestión, se hubiere realizado la respectiva vinculación sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente sociedad administradora del sistema general de pensiones.”

En consecuencia, para el suscrito Magistrado se configuró una violación del deber de información, lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, que no puede entenderse superada con las respuestas que dio la demandante en el interrogatorio de parte, la suscripción del formulario de afiliación y tampoco por las cotizaciones efectuadas en el RAIS, por lo que resulta procedente declarar la ineficacia del traslado e imponer las consecuentes condenas.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado